



**UNICEUB – CENTRO UNIVERSITÁRIO DE BRASÍLIA**  
**FACULDADE DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E SOCIAIS**

**GUSTAVO HENRIQUE DUTRA DANTAS**

**COMBINAÇÃO DE LEIS PENAIIS NO TEMPO:**

**O entendimento jurisprudencial e doutrinário sobre a combinação do artigo 33  
parágrafo 4º da Lei 11.343/06 concomitante com o artigo 12 da Lei 6.368/76.**

**BRASÍLIA-DF**

**2012**

**GUSTAVO HENRIQUE DUTRA DANTAS**

**COMBINAÇÃO DE LEIS PENAIS NO TEMPO:**

**O entendimento jurisprudencial e doutrinário sobre a combinação do artigo 33 parágrafo 4º da Lei 11.343/06 concomitante com o artigo 12 da Lei 6.368/76.**

Monografia apresentada como requisito para conclusão do curso de bacharelado em Direito do Centro Universitário de Brasília (UniCeub).

Orientadora: Professora Msc. Eneida Orbagi De Britto Taquary.

**BRASÍLIA**

**2012**

*Dedico este trabalho primeiramente a Deus, o nosso Criador, e as pessoas que proporcionaram todo o feito acontecer: Raquel de Amorim Dutra e Paulo Caetano Dantas, pais verdadeiros a quem devo meu eterno amor, e Dolores De Amorim Dutra, Águia Caetano Dantas, Argemiro Dutra e Macário Dantas, na minha eterna memória. A minha amada noiva Camila Santos Bastos Tobias e sua família, por todo seu amor, respeito e compreensão. Aos meus irmãos de sangue, Paulo Roberto Lemos Dantas, Carlos Eduardo Lemos Dantas e Luis Felipe Dutra Dantas, bem como aqueles de coração, Eduardo de Melo Gagliardi, Lavir Antônio Bahia, Thiago Costa Brito, Carlos Esaú Gonçalves Reis, Caio Eduardo Gonçalves Reis, Fernando Amazonas Rafael Malaquias, Joaquim Barbosa-Bernardes Salles e João Heubertt Vieira, por todo apoio e principalmente a união em cada momento da minha vida. As minhas tias Zanilda, Graça, Nadeje, Neide e Nilce e aos meus tios Alcebíades e Carlos Augusto de Amorim Dutra. Ao meu eterno mestre Alfred Japa, a quem sempre serei leal e grato por anos de dedicação, e por me proporcionar a caminhada rumo ao conhecimento milenar da arte dos libertos. Amo todos vocês!*

*Agradeço a professora Eneida, por ser muito além de uma excelente professora e sim um ser humano extraordinário. Obrigado por toda atenção e respeito em toda a minha graduação. A senhora foi peça chave para minha formação.*

## Resumo

A combinação de leis penais no tempo consoante o tráfico de entorpecentes é o tema desta monografia. O cenário atual sobre o tema é divergente. No campo doutrinário e jurisprudencial existe um grande debate colocando em questão a possibilidade ou não da combinação de dispositivos legais distintos em relação ao tempo, não opostos entre si. A discussão veio à tona quando parte do judiciário entendeu que há a possibilidade aos crimes de tráfico de drogas cometidos antes e 2006 da combinação do artigo 33, parágrafo 4º da Lei 11.343/06 na questão da diminuição da pena ali contida, inédita no ordenamento pátrio, com o artigo 12 da Lei 6.368/76, por conta de neste artigo a pena ser mais favorável ao réu. A jurisprudência atual é favorável. O Superior Tribunal de Justiça, na sua Sexta Turma, vem admitindo posicionamentos totalmente a favor de tal combinação. O Pleno do Supremo Tribunal Federal julgou de forma favorável o tema quando discutia o debate surgiu no Recurso Especial 596.152. O julgamento na Corte Suprema, contudo, foi envolto de empate, o que ocasiona anseios a novos debates a cerca do assunto.

**Palavras-chave:** Direito Penal. Direito Constitucional. Lei Penal No Tempo. Combinação de Leis Penais. Lei de Entorpecentes.

## **SUMÁRIO**

<b>INTRODUÇÃO .....</b>	<b>7</b>
<b>1 O PRINCÍPIO DA EXTRA-ATIVIDADE NO ORDENAMENTO JURÍDICO PÁTRIO .....</b>	<b>10</b>
<b>2 COMBINAÇÃO DAS LEIS PENAIS NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO..</b>	<b>24</b>
<b>2.1 O entendimento do Supremo Tribunal Federal no tocante a combinação de Leis Penais no tráfico de drogas ante o Recurso Especial 596.152 de São Paulo .....</b>	<b>30</b>
<b>3 BREVES COMENTÁRIOS SOBRE O POSICIONAMENTO DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA E A COMBINAÇÃO DE LEIS PENAIS NO TEMPO E O TRÁFICO DE DROGAS .....</b>	<b>45</b>
<b>CONCLUSÃO .....</b>	<b>50</b>
<b>REFERÊNCIAS .....</b>	<b>52</b>

## INTRODUÇÃO

O Direito é uma ciência com cunho social, onde há uma constante mudança, não nos seus conceitos, mas na sua aplicação no contexto em que se insere.

A lei, como um dos pressupostos de estudo da ciência do Direito, deve ser observada sobre dois focos: como a expressão do legislador devendo ser aplicada da forma como o mesmo a descreve, porém deve ser interpretada, também, de acordo com posição social em que se encontra no sentido da sua aplicação ser a mais próxima possível da realidade social e cultural do momento em que se observa.

A Constituição Federal, também como um pressuposto da ciência do Direito, é expressão máxima dos anseios do povo, onde seu texto, escrito pelo constituinte originário, deve ser respeitado de pronto e sua não observância ser condenada imediatamente. Como a lei, a Carta Magna também deve ser interpretada de acordo com a realidade social e cultural em que a mesma se encontra, para não haver uma discrepância do seu texto com a verdadeira legitimidade popular.

A Constituição brasileira possui caráter totalmente garantista, onde decorre de tal característica que os direitos dos cidadãos devem ser respeitados ao máximo e sempre interpretados observando a maior abrangência possível. Decorre, por consequência, que não apenas o texto constitucional contém essa característica como também as leis. As normas legais devem ser interpretadas abrangendo o máximo possível dos direitos dos cidadãos.

Um direito contido na Constituição, tamanha sua importância que está posto como Direito fundamental pela Carta e que é um dos pilares do Direito Penal, é a retroatividade benéfica da Lei Penal, descrita no seu artigo 5º, XL.

O princípio da Retroatividade da Lei Penal também está descrito no artigo 2º no seu parágrafo único do Código Penal. É nesse *Codex* que o princípio constitucional foi abordado se criando mecanismos para regular a capacidade que a

lei possui em relação ao máximo benefício ao réu, originando assim princípios como o da Extra-atividade da Lei Penal.

A regra no sistema penal brasileiro é a que o tempo do fato irá definir qual lei a ser aplicada, porém o legislador criou mecanismo, com o objetivo sempre de beneficiar o cidadão, onde havendo a criação de uma nova lei e está oferecendo um benefício ao réu, seja em qual fase processual for ou até mesmo depois do trânsito em julgado, o mesmo deve ser aplicado imediatamente.

A polêmica que surgiu em volta do princípio da Extra-atividade da Lei Penal foi no tocante a possibilidade ou não da lei retroagir de forma fragmentada, onde existindo pontos benéficos de leis penais diferentes em relação ao seu lapso temporal, e que não se opõe, possam ser combinada a fim de beneficiar o réu.

A nova Lei de Entorpecentes trouxe à tona a discussão. Ocorre que a lei mencionada foi criada em 2006 e trouxe no seu artigo 33 parágrafo 4º uma nova causa de diminuição de pena, inédita no ordenamento.

Acontece que a Lei de Entorpecentes revogada no tocante a pena mínima e máxima era mais favorável ao réu, onde a situação do mesmo em relação a sua punição se agravou com o novo ordenamento.

O surgimento dessa nova causa de diminuição da pena fez recursos fossem opostos nos Tribunais requerendo que o benefício criado fosse adquirido pelos que cometeram crimes relacionados ao tráfico de drogas antes da criação da nova lei, ou seja, antes do ano de 2006.

Os Tribunais criaram entendimentos divergentes, por hora favorável a combinação de Leis Penais ao réu incurso no tráfico de entorpecentes e, conseqüentemente, oferecendo o benefício da nova causa de diminuição de pena concomitante com a pena mais branda da Lei já revogada e também por hora desfavorável, alegando ser inconstitucional e ilegal a combinação de Leis Penais no tempo, pois a Constituição e o Código Penal seriam claros que a norma deve retroagir de forma integral ou então não retroagir.



O debate chegou às instancias Superiores e também nessas o tema possui divergência.

No Superior Tribunal de Justiça existe jurisprudência, outro pressuposto da ciência do Direito que tem como objetivo definir o entendimento da Lei quando a mesma não possui uma interpretação única pelos operadores do Direito, favorável à combinação de Leis Penais no tempo visando o benefício do réu incurso nos crimes de tráfico de entorpecentes, a exemplo dos recentes julgados da Sexta Turma.

No Supremo Tribunal Federal o tema eclodiu com o Recurso Especial número 596.152. Neste recurso narra que o réu cometeu o crime de tráfico de entorpecentes quando a antiga Lei de Entorpecentes estava em vigor e, por isso, não havia a causa de diminuição da pena. Isso fez com que o mesmo pleiteasse esta causa de diminuição criada pelo novo ordenamento, que o beneficiaria, concomitante com a pena aplicada da Lei de Entorpecentes revogada, por também ser mais benéfica ao réu.

O Plenário da Corte Suprema decidiu de forma favorável a combinação dos dispositivos da antiga com a nova Lei de Entorpecentes, porém de forma divergente, oferecendo espaço para futuras discussões sobre o tema.

O estudo do tema sobre Leis Penais no Tempo bem como à análise dos julgados nos Tribunais Superiores relacionados ao tráfico de entorpecentes e a nuance da combinação de dispositivos de Leis distintas em relação ao seu lapso temporal é de suma importância para observar qual a dimensão que estes tribunais estão observando sobre os próprios direitos fundamentais dos cidadãos bem como o critério legal utilizado para fundamentar suas decisões.

## 1 O PRINCÍPIO DA EXTRA-ATIVIDADE NO ORDENAMENTO JURÍDICO PÁTRIO

O princípio da legalidade, “não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal”, descrito no artigo primeiro do Código Penal e no artigo 5º, inciso XL, da Constituição Federal, com certeza, são uma das principais conquistas políticas modernas. Tal princípio, de fato, afasta qualquer incidência de cunho absoluto do Estado, no sentido de punir um cidadão de forma subjetiva, mas sim objetiva, e, ao mesmo tempo, evita que o direito penal seja utilizado como meio de dirimir qualquer conflito, pois o só pode ser emanado a partir de tipificações específicas do próprio Código, por exemplo, os crimes, e, com isso, faz com que o Estado interfira o mínimo na conduta das pessoas. Com isso, alguém só pode ser punido se, anteriormente ao fato por ele praticado, existir uma lei que o considere como crime.<sup>1</sup>

Outra conquista moderna, do ponto de vista constitucional e, por que não, humano, é a excepcionalidade da em que a lei penal se comporta no tempo. A Constituição Federal é clara em seu artigo 5º, inciso XL, que a lei não retroagirá, salvo em benefício do réu. É de suma importância tal princípio, pois o cidadão não fica refém dos ditos do Estado, no sentido de tipificar conduta anteriormente não punível e com isso punir quem já o fez ou até mesmo agravar a situação do réu como bem entender melhor. É não só uma garantia fundamental do povo brasileiro, como também algo que emana da própria dignidade da pessoa humana, pois o Estado está limitado a punir o indivíduo:<sup>2</sup>

“Ademais, o princípio da irretroatividade da lei penal também tem a finalidade de proteger o indivíduo contra o próprio legislador, impedindo-o de criminalizar novas condutas já praticadas por aquele, que, desconhecendo tal circunstância, não tem como nem por que evitá-la. Na verdade, a irretroatividade penal é corolário do princípio da anterioridade da lei penal, segundo a qual uma lei penal incriminadora somente pode ser aplicada a determinado fato concreto caso estivesse em vigor antes da sua prática.”.

---

<sup>1</sup> MIRABETE, Julio Fabbrini. **Manual de Direito Penal: Parte geral**. 19. ed. São Paulo: Atlas S.A..2003. p.58.

<sup>2</sup> BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal**. 15. ed. São Paulo: Saraiva.2010. p.184.

Uma lei, somente entra em vigor depois de regularmente aprovada mediante processo legislativo definido na Constituição, e se completa com a sanção do Presidente da República, com sua publicação no diário oficial e depois de esgotado o período da *vacatio legis*<sup>3</sup>. A mesma é obrigatória desde o período promulgação, porém só passa a vigor depois de esgotado o lapso temporal da *vacatio legis*:<sup>4</sup>

“Embora a lei penal exista desde a sua promulgação, só será obrigatória com a publicação oficial. A vigência é, pois, uma qualidade relativa ao lapso temporal de atuação da norma jurídica. Em vigor, passa a surtir efeitos no presente e para o futuro.”

Durante esse período de *vacatio legis*, há apenas uma expectativa de lei, não podendo a mesma ser aplicada.

O direito de punir em abstrato do Estado surge com o advento dessa lei penal. É nesse momento que o Estado está autorizado a punir todas as pessoas que se comportem de forma diferente da descrita no tipo que acabará de criar. A partir daí que a Lei começa a se moldar no tempo, onde o momento da ocorrência do fato será determinante para direcionar o Estado quanto ao direito de punição.

A forma que a lei se comporta no tempo é inerente a todos os ramos do Direito e tal instituto se aperfeiçoa de acordo com tais, ou seja, mesmo sendo matéria de toda ciência do Direito, conforme preconiza a Constituição Federal, em seu artigo 5º, incisos XXVI e XL e Lei de Introdução às Normas Gerais do Direito, existe a possibilidade da matéria se apresentar de diferentes formas de acordo com as características de cada área do Direito.<sup>5</sup>

No direito criminal a sistemática da lei no tempo possui características únicas. Nele que surgem as maiores exceções quanto aos princípios da segurança jurídica, instituídos como regra na Carta Magna e nas leis infraconstitucionais.<sup>6</sup>

<sup>3</sup>ESTEFAM, André. **Direito Penal: Parte geral**. São Paulo: Saraiva. 2010.p.127.

<sup>4</sup>PRADO, Luiz Regis. **Curso de Direito Penal Brasileiro: Parte geral**. 3. ed. São Paulo: Revistas dos Tribunais.2002.V.1.p.161.

<sup>5</sup>SILVA, George Freitas Gregorio da. **Lei Penal no Tempo e a Lex Tertia Mitior** . In: Âmbito Jurídico, Rio Grande, XIV, n. 92, set 2011. Disponível:<[http://www.ambitojuridico.com.br/site/?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=10189&revista\\_caderno=3](http://www.ambitojuridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=10189&revista_caderno=3)>. Acesso em ago 2012.

<sup>6</sup>GONDIM, Reno Feitosa. **Teoria Geral do Direito**. Vol.1. p.287.

“A ‘noção de tempo’ no direito penal não é apenas relativa, é caótica. E pelo predicado caótico que designa a noção de tempo no paradigma epistemológico da pós-modernidade, deve-se entender a ‘não-linearidade’(retroatividade, ultratividade intertemporalidade) que assume para estabelecer o ‘sentido’, a ‘representação’ e a ‘linguagem’ do ordenamento jurídico-penal.”

As situações anteriormente destacadas acontecem por razão de diversos fatores únicos das ciências penais, salientando a importância do seu caráter garantista fundamentado pela própria Constituição, podendo extrair do mesmo, princípios como *tempus regit actum* e da Extratividade, onde esse é dividido em Ultra-atividade e Retroatividade da Lei mais benéfica ao “Réu”.<sup>7</sup>

Posto tais entendimentos, é importante, antes de adentrar no estudo do comportamento da Lei Penal no tempo, demonstrar o momento da realização do fato punitivo conforme a Lei.

A aplicação da lei penal no tempo está diretamente ligada ao caráter punitivo do Estado e unida pelo princípio da Legalidade:<sup>8</sup>

“A garantia da legalidade (art.5º e XXXIX, CF/88) tem claro sentido de impedir que alguém seja punido por um fato que, ao tempo do cometido, não era delito, ou de impedir que ao condenado seja aplicada uma pena mais grave que aquela legalmente prevista ao tempo da realização do fato delituoso. Posto que esse – e não outro – é o objeto da proscrição da lei penal *ex post facto*, o princípio geral da irretroatividade da lei penal reconhece uma importante exceção consistente na admissão de efeito retroativo da lei penal mais benigna.”

Três teorias foram definidas como principais, pelos teóricos do Direito Penal, para demonstrar o momento da realização do crime.<sup>9</sup>

A primeira teoria é denominada de Teoria da Atividade. O momento do fato criminoso é o tempo da ação ou omissão, mesmo que outro seja o resultado, onde um dos princípios balizares deste é o *tempus regit actum*.<sup>10</sup>

<sup>7</sup>SILVA, George Freitas Gregorio da. *ibidem*.

<sup>7</sup>ZAFFARONI, Eugênio Raúl; Pierangeli, José Henrique. **Manual de Direito Penal Brasileiro**.v.1.7ª ed. p.199.

<sup>8</sup>*Ibidem*. p.199

<sup>9</sup>SILVA, George Freitas Gregorio da. *Ibidem*.

<sup>10</sup>*Ibidem*.

A segunda teoria é conhecida por Teoria do Resultado. O momento do fato delituoso é o do resultado, ou seja, da consumação.<sup>11</sup>

A terceira teoria é intitulada Teoria Mista ou da Ubiquidade. Nesta o momento do crime é o da prática da ação ou da omissão como, também, o do resultado como o tempo do delito.<sup>12</sup>

O Código Penal, de forma incontroversa, preceitua que a regra é a Teoria da Atividade. O artigo 4º do *Codex* em tela demonstra que o momento da prática do crime persegue a teoria mencionada: “considera-se praticado o crime no momento da ação ou omissão, ainda que outro seja o momento do resultado”. Importante salientar que tal teoria é a regra, porém, no mesmo Código existe a exceção onde a Teoria do Resultado é utilizada para demarcar o marco interruptivo da prescrição, conforme o artigo 111, inciso I<sup>13</sup> do Código Penal.<sup>14</sup>

A teoria da atividade foi adotada por três motivos básicos, dentre outros, que serão a seguir destacados.

O primeiro dos motivos é identificar a lei que será aplicada ao caso concreto em vista do princípio do *tempus regit actum*, o que traduz que a lei do tempo da ação ou omissão regerá a situação, porém encontra-se exceção na retroatividade *in mellius*. Outra peculiaridade está nos crimes permanentes e continuados, de acordo com a Súmula 711<sup>15</sup> do Supremo Tribunal Federal onde alude que a pena para tais crimes é aquela onde o fato foi consumado e não o momento da ação, propriamente dito.<sup>16</sup>

---

<sup>11</sup>Ibidem.

<sup>12</sup>Ibidem.

<sup>13</sup>O artigo 111, inciso I, do Código Penal: “A prescrição, antes de transitar em julgado a sentença final, começa a correr: do dia em que o crime se consumou”.

<sup>14</sup>SILVA, George Freitas Gregorio da. Ibidem.

<sup>15</sup>BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Súmula nº 711. **A lei penal mais grave aplica-se ao crime continuado ou ao crime permanente, se a sua vigência é anterior à cessação da continuidade ou da permanência.** Disponível em:

[http://www.dji.com.br/normas\\_inferiores/regimento\\_interno\\_e\\_sumula\\_stf/stf\\_0711.m](http://www.dji.com.br/normas_inferiores/regimento_interno_e_sumula_stf/stf_0711.m)

<sup>16</sup>SILVA, George Freitas Gregorio da. Ibidem.

O segundo dos motivos está em observar a imputabilidade do acusado, se, ao momento do crime, o mesmo era passível de imputação ao crime cometido ou se presente alguma hipótese de excludente de culpabilidade.<sup>17</sup>

O terceiro dos motivos, por fim, está em analisar as circunstâncias da vítima. O exemplo que caracteriza tal assertiva está no artigo 121, parágrafo 4º do Código Penal. “O agente que pratica a conduta de homicídio contra menor de quatorze anos de idade estará incurso em causa de aumento de pena, mesmo que no momento da consumação da morte da vítima esta já tenha mais de quatorze anos de idade”.<sup>18</sup>

As leis processuais e materiais, de caráter penal, se comportam de maneiras diferentes no tocante a sua aplicação no tempo. O princípio da lei material é a maior garantia possível ao acusado, em contrapartida a lei processual, que não é voltada ao caráter punitivo do agente, de maneira diversa da material, é aplicada a todos os processos em curso, não importando se mais gravosa ao agente.<sup>19</sup>

Existem as leis de conteúdo misto, ou seja, de cunho material e processual penal. Nestas devem ser aplicados os princípios das normas materiais de encontro com a não possibilidade de cisão de mesmo dispositivo com o objetivo de aplicação temporal diferentes em prejuízo do réu, ou seja, “sempre que houver lei híbrida( misto de penal e processo), a parte penal tende a prevalecer, para fins de retroatividade em benefícios do agente.”.<sup>20</sup>

A lei penal, conforme aludido anteriormente, pode se reproduzir no presente, como regra geral, de acordo com o princípio da atividade, no passado, em vista se mais benéfica ao réu e, também, no futuro:<sup>21</sup>

“O fenômeno pelo qual uma lei se aplica a fatos ocorridos durante sua vigência denomina-se *atividade*. Quando uma lei aplicar-se *depois* do seu período de vigência, ter-se-á a *extratividade*. Esta se divide e, *retroatividade*, isto é, a aplicação da lei a fatos ocorridos *antes* de sua entrada em vigor, e *ultratatividade*, que significa a aplicação de uma lei *depois* de sua revogação.”

---

<sup>17</sup>SILVA, George Freitas Gregorio da. idem.

<sup>18</sup>Ibidem.

<sup>19</sup>Ibidem.

<sup>20</sup>CAPEZ, Fernando. **Curso de Direito Penal – Parte Geral**. 11 ed. São Paulo: Saraiva. 2008. p.51.

<sup>21</sup>ESTEFAM, André. Ob.Cit. p.128.

Os fenômenos anteriormente caracterizados demonstram que a lei penal possui a capacidade de se suceder no tempo e, no lapso temporal entre uma lei antiga e uma lei nova, existe a possibilidade do chamado conflito de leis penais no tempo. Este fenômeno existe em razão de leis diferentes tratarem da mesma matéria, porém de maneira distinta.<sup>22</sup>

Importante decidir o entendimento legal a ser tomado quando tal fenômeno do conflito de leis penais no tempo acontece e decidir a lei a ser aplicada: a vigente no tempo do fato ou a vigente no tempo presente, que por consequência, revoga a anterior.

O Direito Penal Brasileiro tem como regra que a lei penal é aplicada a fatos ocorridos no momento em que mesma vige, onde a extratividade ocorre em situações excepcionais e “a regra geral é a atividade da lei penal no período de sua vigência. A Extra-atividade é exceção a essa regra, que tem aplicação quando, no conflito intertemporal, se fizer uma norma penal mais benéfica.”.<sup>23</sup>

O princípio da extratividade é gênero que pode ser dividido em fenômenos que fazem com que a lei retroaja ou até mesmo se projete no futuro, contudo, tais institutos específicos deste princípio somente irão vigorar em situações que beneficie o réu. Pode ocorrer de uma lei nova, mais maléfica ao réu, entrar em vigor em detrimento de outra que, anteriormente a vigência desta, era mais benéfica. A primeira não retroagirá, conforme o entendimento contido no artigo 5º, inciso XL, da Constituição Federal, que é expresso no tocante que a lei só retroage em benefício do réu. Existe a possibilidade, também, de acordo com a Ultra-atividade da lei mais benigna, que anteriormente era vigente, ser revogada e continuar na sua plenitude punitiva.<sup>24</sup>

A compreensão detalhada sobre o instituto da extratividade é de suma importância antes de prosseguir no estudo da Lei penal no tempo.

O princípio base da aplicação temporal das normas do direito penal, como anteriormente já mencionado, é o *tempus regit actum*. O que torna tal ciência

---

<sup>22</sup>ESTEFAM, André. Ibidem.

<sup>23</sup>BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal**. 15. ed. São Paulo: Saraiva.2010. p.186.

<sup>24</sup>Ibidem.

diferente das demais, contudo, é justamente o princípio da extratividade penal. “Este princípio traz regra de exceção, pois é uma atividade extra, *sui generis* que a norma penal pode realizar em determinadas circunstâncias fático-temporal-normativa”.<sup>25</sup>

O agente que for interpretar o direito no caso concreto deve solucionar possíveis conflitos de leis penais no tempo a partir de três premissas basilares: delito, tempo e sucessão de normas.<sup>26</sup>

A extratividade da lei penal se divide em dois outros princípios: a ultratividade e a retroatividade.<sup>27</sup>

“Chamamos de extratividade a capacidade que tem a lei penal de se movimentar no tempo regulando fatos ocorridos durante a sua vigência, mesmo depois de ter sido revogada, ou retroagir no tempo, a fim de regular situações ocorridas anteriormente a sua vigência, desde que benéficas ao agente. Temos, portanto a extratividade e a retroatividade.”

A ultratividade da lei penal é decorrente do princípio da atividade, pois é a lei do momento do crime a que será aplicada. “Mesmo com a superveniência da lei posterior que revogue a lei do tempo do crime, prevalece esta, sendo limitada pela retroatividade benigna”.<sup>28</sup>

O princípio da ultratividade decorre da regra geral, que, por consequência, se consubstancia pelo princípio *tempus regit actum*, encontrando limitação pela retroatividade benéfica, contudo este princípio tem aspectos peculiares, conforme as leis excepcionais e temporárias surgem:<sup>29</sup>

“A lei excepcional é uma lei que, frente a uma circunstância extraordinária, perde a vigência. A segunda conserva a sua vigência e volta a ser aplicada cada vez que a circunstância volte a se apresentar. A lei temporária é a que possui em seu próprio texto o tempo de sua vigência e que perde com o seu transcurso. Trata-se de uma lei que, diversamente da excepcional (que vige por tempo limitado por um fato futuro, que não sabe quando será produzido), vige por um tempo certo e determinado”.

<sup>25</sup>SILVA, George Freitas Gregorio da. Ibidem.

<sup>26</sup>Ibidem.

<sup>27</sup>GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal – Parte Geral**. 13ª ed. p.107.

<sup>28</sup>SILVA, George Freitas Gregorio da. Ibidem.

<sup>29</sup>ZAFFARONI, Eugênio Raúl; Pierangeli, José Henrique. Ob. Cit. p.201.



As leis temporárias e as excepcionais cumprem, de maneira integral, o princípio da ultratividade, não importando se lei posterior à regência temporária excepcional possuir caráter mais benéfico ao agente incurso em algum tipo penal. A doutrina majoritária explica essa situação mencionando que a lei nova não revoga a anterior ainda que venha ser mais branda quanto a sua pena, porque as leis não tratam exatamente da mesma matéria, ou seja, do mesmo fato típico, sendo tais leis elaboradas para situações específicas.<sup>30</sup>

A retroatividade é o que surge seus os efeitos da lei no passado. Este princípio dar-se em razão do retorno da lei anterior com o intuito de atingir fatos ocorridos “anteriores a sua vigência e regidos à época pela lei passada”. O princípio em questão busca a aplicação da lei nova mais benéfica e não o deslocamento do momento da conduta punitiva para o futuro.<sup>31</sup>

O princípio da retroatividade se ramifica em dois institutos distintos onde se pode observar a *Lex Mitior*, que se caracteriza pela retroatividade da Lei Penal benéfica e adotada pela legislação brasileira, e a *Lex Gravior*, caracterizado pela retroatividade da Lei Penal, contudo em prejuízo ao réu e, com isso, não adotado pela legislação pátria.<sup>32</sup>

A *Lex Mitior* atinge fatos anteriores a sua entrada em vigor. Este instituto, que é um gênero da retroatividade benéfica, se divide em duas espécies: *novatio legis in melius* e *abolitio criminis*.<sup>33</sup>

A *novatio legis in melius* está destacada no artigo 5º, inciso XL, da Constituição Federal<sup>34</sup>, no artigo 9º, do Pacto de São José da Costa Rica<sup>35</sup> bem

<sup>30</sup>SILVA, George Freitas Gregorio da. **Ibidem**.

<sup>31</sup>**Ibidem**.

<sup>32</sup>MIRABETE, Julio Fabbrini. **Manual de Direito Penal: Parte geral**. 19. ed. São Paulo: Atlas S.A..2003.P.62.

<sup>33</sup>**Ibidem**.

<sup>34</sup>A Constituição Federal dita no artigo 5º, inciso XL que, *in verbis*: “a lei penal não retroagirá, salvo para beneficiar o réu.” (BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm)>).

<sup>35</sup>O artigo 9º do Pacto de São José da Costa Rica, ratificado pelo Brasil em 9 Novembro de 1992, dita, *in verbis*: “Ninguém poderá ser condenado por atos ou omissões que, no momento em que foram cometidos, não constituam delito, de acordo com o direito aplicável. Tampouco poder-se-á impor pena mais grave do que a aplicável no momento da ocorrência do delito. Se, depois de perpetrado o delito, a lei estipular a imposição de pena mais leve, o delinquente deverá dela beneficiar-se.”. Tal pacto possui caráter supralegal, ou seja, em suma, é norma superior as legais, mas inferior a Constituição Federal.(COSTA RICA. **Convenção Americana Sobre Direitos**

como no artigo 2º, parágrafo único, do Código Penal<sup>36</sup>. O fato criminoso, neste instituto, continua persistindo, porém, uma nova lei surge tratando tal de maneira mais branda, atenuando algum elemento descrito no tipo:<sup>37</sup>

“Refere-se o artigo citado aos dispositivos da lei nova que, ainda incriminando o fato, cominam penas menos rigorosas, em qualidade ou quantidade, ou favorecem o agente de outra forma, acrescentando circunstâncias atenuantes não previstas, eliminando agravante anteriormente prevista, prevendo a suspensão condicional com maior amplitude, estabelecendo novos casos de extinção da punibilidade, reduzindo os requisitos para a concessão de benefícios etc.”

O caso em questão enfrenta certas peculiaridades. A primeira consiste na lei atual que retroage e não só beneficia os agentes que posteriormente cometeram determinada conduta delitiva e estão sendo processados, como, também, os que já estão cumprindo suas penas. É importante entender tal conjectura, pois o parágrafo único do artigo 2º do Código Penal<sup>38</sup> explica que o benefício se aplica a fatos ainda que decididos em sentença transitada em julgado e, com isso, surge à questão da competência do juízo que irá aplicar a Lei Penal mais benéfica.<sup>39</sup>

A autoridade competente para a definição sobre a lei mais favorável dependerá do andamento processual: na fase de conhecimento, será o juiz de primeiro grau; se estiver em grau de recurso, competente é o de segundo grau; se o estiver em fase de execução, será competente o juiz da execução, como destaca a Súmula 611<sup>40</sup> do Supremo Tribunal Federal.<sup>41</sup>

---

**Humanos..**

Disponível

em:

<<http://www.pge.sp.gov.br/centrodeestudos/bibliotecavirtual/instrumentos/sanjose.htm>>. Acesso em 4 out. 2012.)

<sup>36</sup> “Art.2º - Ninguém poderá ser punido por fato que lei posterior deixa de considerar crime, cessando em virtude dela a execução e os efeitos penais da sentença condenatória. Parágrafo único – A lei posterior, que de qualquer modo favorecer o agente, aplica-se aos fatos anteriores, ainda que decididos por sentença condenatória transitada em julgado.”. (BRASIL. **Decreto-Lei nº 678, de 6 de novembro de 1992**. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/D0678.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D0678.htm). Acesso em: 04. out. 2012).

<sup>37</sup> MIRABETE, Julio Fabbrini. Ob.Cit. p.62

<sup>39</sup> QUEIROZ, Paulo. **Direito Penal: Parte geral**. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris: 2008. p.109.

<sup>40</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Súmula nº 611. **Transitada em julgado a sentença condenatória, compete ao juízo das execuções a aplicação de lei mais benigna**. Disponível em: [http://www.dji.com.br/normas\\_inferiores/regimento\\_interno\\_e\\_sumula\\_stf/stf\\_0611.htm](http://www.dji.com.br/normas_inferiores/regimento_interno_e_sumula_stf/stf_0611.htm).

<sup>41</sup> QUEIROZ, Paulo. Ibidem. p.109.

A segunda espécie do gênero *Lex Mitior* é denominada *abolitio criminis*. O instituto da *abolitio criminis* está previsto no artigo 2º, caput, do Código Penal e, como causa extintiva de punibilidade no artigo 107, inciso III, do Código Penal<sup>42</sup>. O instituto agora analisado tem como característica a perda do direito de punir do próprio Estado. Dado este fato, todos os efeitos penais, principais e acessórios, cessam em razão da norma revogada e, como consequência, o inquérito ou processo instaurados serão arquivados e quem estiver sob a condição de preso será posto em liberdade.<sup>43</sup> O instituto ultrapassa os desígnios da coisa julgada:<sup>44</sup>

“Quando tal situação se verifica antes do trânsito em julgado, ficam impedidos todos os possíveis efeitos de uma condenação penal. Se ocorrer depois do trânsito em julgado da sentença penal condenatória, extinguir-se-ão todos os efeitos penais da condenação.”

Dois exemplos clássicos de *abolitio criminis* eram as condutas tipificadas como adultério e sedução. Anterior ao ano de 2004, tais condutas eram consideradas crimes, contudo, com o Projeto de Lei 1308, deixaram de fazer parte do rol de crimes do Código Penal e todas as pessoas anteriormente condenadas por tais, com o instituto em destaque, tiveram sua punibilidade extinta, não importando o andamento do processo.<sup>45</sup>

Importante ressaltar que os efeitos da *abolitio criminis* são penais como, por exemplo, a reincidência. A descriminalização não acarreta a perda dos efeitos extrapenais civis ou administrativos, e o réu será sim obrigado a reparar o dano, que independe do direito penal como preconiza os artigos 91, inciso I do Código Penal<sup>46</sup> e artigo 15, inciso III<sup>47</sup> da Constituição Federal:<sup>48</sup>

<sup>42</sup>“Art. 107 - Extingue-se a punibilidade: III - pela retroatividade de lei que não mais considera o fato como criminoso”. (BRASIL. **Decreto-Lei nº 678, de 6 de novembro de 1992**. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/D0678.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D0678.htm). Acesse em: 04. out. 2012.).

<sup>43</sup>QUEIROZ, Paulo. Ob.Cit. p.108.

<sup>44</sup>ESTEFAM, André. Ob Cit. p.13.

<sup>45</sup>Ibidem. p.14.

<sup>46</sup>“Art. 91 – São efeitos da condenação: I – tornar certa a obrigação de indenizar o dano causado pelo crime;” (BRASIL. **Decreto-Lei nº 678, de 6 de novembro de 1992**. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/D0678.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D0678.htm)

<sup>47</sup>“Art.15 – É vedada a cassação de direitos políticos, cuja a perda ou suspensão só se dará nos casos de: III – condenação criminal transitada em julgado, enquanto durarem seus efeitos;” BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm)>.

<sup>48</sup>ESTEFAM, André. Ibidem. p.14.

“[...] embora não subsistindo quaisquer dos efeitos penas (v.g., a reincidência), persistem todas as consequências não penais (civil, administrativa) do fato, como a obrigação civil de reparar o dano, que independe do direito penal.”

Os institutos supramencionados referem-se à retroatividade da lei penal no tempo, que são situações excepcionais em que o réu será beneficiado. Excepcionais, pois a regra é da irretroatividade da lei. Ainda a cerca do fenômeno da retroatividade, existem dois institutos no direito penal que não são admitidos no ordenamento brasileiro que são a *novatio legis* incriminadora e a *novatio legis in pejus*, subdivisões da *Lex Gravior*.<sup>49</sup>

O instituto da *novatio legis* tem como pressuposto que condutas antes não tipificadas passem a ser consideradas como crimes ou contravenções. Essa variação da lei penal no tempo só tem efeito para os fatos novos, não se aplicando a fatos pretéritos:<sup>50</sup>

“Sempre que a lei definir fatos novos como infração penal (*novatio legis* incriminadora), passando a criminalizar comportamentos que até então eram jurídico-penalmente irrelevantes, sua aplicação se limitará às situações consumadas a partir da sua entrada em vigor, não antes.”

Tal explanação ilustra que o agente na realidade não praticou crime algum, pois no momento da execução da conduta delitiva, a mesma era indiferente.

A segunda subdivisão da *Lex Gravior* diz respeito à *Novatio legis in pejus*. Esse é caracterizado por lei posterior que de qualquer forma agrava a situação do réu.<sup>51</sup> Esse instituto também não retroage, por prejudicar o réu:<sup>52</sup>

“Por igual, não retroagirá a norma penal que de qualquer modo der tratamento mais severo a condutas já punidas pelo direito penal, seja criminalizando o que antes constituía simples contravenção, seja de qualquer modo conferindo disciplina mais gravosa, na hipótese em que se limitará a reger unicamente as infrações consumadas a partir de sua efetiva vigência.”

<sup>49</sup>QUEIROZ, Paulo. **Direito Penal: Parte geral**. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris: 2008. p.108.

<sup>50</sup>Ibidem.

<sup>51</sup>BITENCOURT, Cezar Roberto. Ob.Cit. p.184.

<sup>52</sup>QUEIROZ, Paulo. ibidem. p.106.

Havendo conflito entre norma mais grave, atual, com norma menos gravosa, consequentemente revogada pela mais grave, prevalecerá a menos prejudicial ao réu, mesmo não vigente no momento da conduta:<sup>53</sup>

“Se houver um conflito entre duas leis, a anterior, mais benigna, e a posterior, mais severa, aplicar-se-á a mais benigna: a anterior será ultrativa, por sua benignidade, e a posterior será irretroativa, por sua severidade.”

Importante salientar que os efeitos discutidos no instituto da *Lex Mitor*, como nos demais institutos da Lei Penal no Tempo, são penais, permanecendo os efeitos extrapenais, como, também, o dever de reparar o dano mediante ações da alçada cível. A retroatividade é da lei não permanecendo entendimento da retroatividade de entendimento jurisprudencial:<sup>54</sup>

“O entendimento francamente majoritário- defendido, entre outros, por Roxin – é o de que a proibição da retroatividade se refere à lei, exclusivamente. Para Roxin, com efeito, “se o Tribunal interpreta uma norma de modo mais desfavorável para o acusado que o havia feito a jurisprudência anterior, este tem de suportá-lo, pois, conforme o seu sentido, a nova interpretação não é uma punição ou agravamento retroativo, mas a realização de uma vontade da lei, que já existia desde sempre e que somente agora foi corretamente reconhecida.”

Outro ponto relevante a ser destacado é se no período da *vacatio legis* a lei, que ainda não está vigendo, porém é mais benéfica, pode ser aplicada aos fatos antes mesmo de consumada a sua vacância. A doutrina majoritária afirma que não, pois nesse período não haveria uma lei de fato e sim uma simples expectativa de lei:<sup>55</sup>

“Um texto normativo não inova o ordenamento jurídico antes de sua entrada em vigor. Durante a vacância (ou *vacatio*), não há lei nova, mas apenas expectativa de lei. [...] Isto vale, inclusive, para leis penais de caráter benéfico, as quais, uma vez consumada sua vacância, entrarão em vigor e se aplicarão a fatos pretéritos, mesmo quando já houver trânsito em julgado.”

---

<sup>53</sup>BITENCOURT, Cezar Roberto. Ob.Cit. p.187.

<sup>54</sup>QUEIROZ, Paulo. Ob.Cit. p.107.

<sup>55</sup>ESTEFAM, André. Ob.Cit. p. 128.

A retroatividade é, com isso, de forma estrita a fatos tipificados como crimes ou contravenções em leis de fato, não em tese, excluindo a possibilidade do fenômeno na *vacatio legis*<sup>56</sup>

Outro ponto que merece destaque sobre o comportamento da lei no tempo é no que diz respeito aos crimes permanentes e continuados<sup>57</sup>, bem como na alteração do complemento da norma penal em branco<sup>58 59</sup>.

O Código Penal dita, no seu artigo 71<sup>60</sup>, que crime continuado é aquele que o agente, mediante mais de uma ação ou omissão, pratica dois ou mais crimes da mesma espécie, e pelas condições de tempo, lugar, maneira de execução e outras semelhantes, devem os subsequentes ser havidos como continuação do primeiro. Já o crime permanente, é aquele cuja consumação se protraí no tempo enquanto dure a lesão ao bem jurídico tutelado.<sup>61</sup>

Em ambos os casos, o Supremo Tribunal Federal é claro em sua Súmula de número 711 quando diz que a lei penal mais grave aplica-se ao crime continuado ou ao crime permanente, se sua vigência é anterior à cessação da continuidade ou permanência, ou seja, mesmo que haja lei penal mais benigna no decorrer do tempo de duração do delito, é para se aplicar sempre a lei mais grave.<sup>62</sup>

A respeito do complemento da norma penal em branco, para analisar quanto à possibilidade de retroatividade da alteração do seu complemento primeiro

<sup>56</sup>ESTEFAM, André. Ob.Cit. p.128.

<sup>57</sup>Os crimes permanentes e continuados estão descritos, de forma estrita, no artigo 71 do Código Penal. (BRASIL. **Decreto-Lei nº 678, de 6 de novembro de 1992**. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/D0678.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D0678.htm). Acesso em: 04. out. 2012.)

<sup>58</sup>As normas penais em branco são aquelas que necessitam de complementação para que haja uma total compreensão do âmbito primário, ou seja, embora exista descrição do tipo penal esta requer, de forma obrigatória, um complemento retirado de outro diploma legal, como leis, decretos ou regulamentos, por exemplo, para assim surtir de forma efetiva entendimento dos limites da proibição ou imposições feitas pela lei, pois sem esse complemento é impossível sua aplicação. (SILVA, George Freitas Gregorio da. Ibidem.)

<sup>59</sup>Ibidem.

<sup>60</sup>“Art. 71 – Quando o agente, mediante mais de uma ação ou omissão, pratica dois ou mais crimes da mesma espécie e, pelas condições de tempo, lugar, maneira de execução e outras semelhantes, devem os subsequentes ser havidos como continuação do primeiro, aplica-se-lhe a pena de um só dos crimes, se idênticas, ou a mais grave, se diversas, aumentada, em qualquer caso, de um sexto a dois terços.” (BRASIL. **Decreto-Lei nº 678, de 6 de novembro de 1992**. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/D0678.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D0678.htm). Acesso em: 04. out. 2012)

<sup>61</sup>ESTEFAM, André. Ob.Cit. p.130.

<sup>62</sup>ESTEFAM, André. Ob.Cit. p.130.

deve observar se tal norma que complementa é lei em sentido estrito<sup>63</sup> ou outra espécie normativa.<sup>64</sup>

A lei em sentido estrito havendo qualquer tipo de alteração que beneficie o réu terá condão de retroagir, porém se o complemento for norma diversa, deve analisar se a porventura alteração tem o objetivo de atualizar ou descriminar a conduta delitiva. Na situação da alteração do complemento diferente de lei em sentido estrito, ocasionando a simples atualização da lei que está sendo complementada, a norma não será retroativa. Caso haja à alteração no sentido de discriminar uma conduta específica, o fato irá retroagir e atingirá as condutas anteriores a essa mudança:<sup>65</sup>

“Isso porque as circunstâncias posteriores, fáticas e secundárias, não atingem a configuração da infração. Assim, se a mulher vítima de corrupção de menores atinge a idade determinada como limite legal, a alteração não afeta o exame da figura típica ocorrida no período anterior, em que tinha a proteção penal. Se uma casa deixa de ter essa qualidade típica para se transformar em hospedaria, as ‘violações’ nela praticadas anteriormente não deixam de constituir crime. [...]”

O complemento da norma penal em branco, por outro lado, irá retroagir se possui como característica a descriminalização de alguma conduta delitiva<sup>66</sup>, ou seja, quando o objetivo é retirar a normatividade de algum fato típico:<sup>67</sup>

<sup>63</sup> São as leis oriundas do Congresso Nacional ou Assembleias Legislativas (no Distrito Federal Câmara Legislativa). Em relação às leis penais, a União, e consequentemente o Congresso Nacional, é a única que tem competência para legislar sobre tal matéria, como preceitua o artigo 22, inciso I da Constituição Federal, *in verbis*: “art. 22 - Compete privativamente à União legislar sobre: I – direito civil, comercial, processual, eleitoral, agrário, marítimo, aeronáutico, espacial e do trabalho .”(BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm). Acesso em: 04. out. 2012.)

<sup>64</sup> SILVA, George Freitas Gregorio da. *ibidem*.

<sup>65</sup> JESUS, Damásio E. de. **Código Penal Anotado**. 18ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2007. p.15.

<sup>66</sup> Um exemplo bastante pertinente a respeito desse tema é o tráfico de drogas. O que define o que vem a ser substância entorpecente ilícita no Brasil é a portaria da ANVISA de número 344 de 12 de Maio de 1998, complementando assim a Lei 11.343/06. Caso, por exemplo, maconha não seja mais considerada substância entorpecente ilícita, com a alteração da portaria supramencionada, a conduta de tráfico de drogas ocasionado pela venda de tal substância deixará de figurar como crime e, por consequência, a Lei ira retroagir em favor de todos, não obedecendo até mesmo à coisa julgada. (SILVA, George Freitas Gregorio da. *Ibidem*.)

<sup>67</sup> GOMES, Luiz Flávio; MOLINA, Antônio Garcia-Pablo de. **Direito Penal, parte geral**. Col. Ciência ocasionada pela venda de tal substância deixará de figurar como crime e, por consequência, a Lei ira retroagir em favor de todos, não obedecendo até mesmo à criminais, vol. 2. 2. ed. p.81.

“Se a modificação significar rompimento da continuidade normativo-típica in concreto (exclusão de uma droga – da maconha, v.g.- da lista de substâncias proibidas; exclusão de uma determinada doença da lista das consideradas contagiosas etc.) dá-se abolitio criminis.”

Feitos tais apontamentos a cerca do comportamento da lei penal no tempo, existe uma grande polêmica doutrinária e jurisprudencial sobre a possibilidade de combinação das leis penais.

Estudado o caso de forma teórica, percebe-se que a lei poderia ser aplicada de forma plena, ou seja, a nova lei é totalmente benéfica, em todos os aspectos, ou, a antes vigente poderia ser totalmente benéfica em relação à nova.

Podem acontecer casos, na prática, em que a nova lei é benéfica em parte em determinado ponto e lei antes vigente ser benéfica ao réu em outro ponto.

O estudo a seguir é da possibilidade do juiz ou tribunal poder retroagir parcialmente determinada lei e combinar pontos benéficos da lei atual com outros pontos da lei anterior, beneficiando o réu como um todo.

## **2 COMBINAÇÃO DAS LEIS PENAIS NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO**

Conseguir determinar a regra teórica a se aplicar no caso concreto depende uma grande dificuldade. Existe uma gama de possibilidades que poderão vir acontecer a respeito de um benefício de determinada lei concomitante com a vigência de uma nova lei. O magistrado deve usar de todos os métodos possíveis de interpretação hermenêutica e analisar a lei vigente com a anterior para assim confrontá-la se, com isso, atingir o objetivo de encontrar a lei, ou a combinação delas, que mais beneficiará o réu.<sup>68</sup>

“É praticamente impossível determinar todas as regras teóricas que devem ser utilizadas na apuração da lei mais favorável entre aquelas postas ao intérprete. Assim, tem-se entendido que somente diante do caso concreto, com a aplicação hipotética das duas leis em confronto, poderá escolher a mais benéfica.”

---

<sup>68</sup>MIRABETE, Julio Fabbrinni. **Manual de direito penal – parte geral**. 22ª Ed., vol. I. São Paulo: Atlas, 2004. p. 67



O Código Penal, no seu artigo 2º, parágrafo único, afirma que a lei, que de qualquer modo favorecer o réu, deve se aplicar a fatos anteriores. A Constituição Federal, no seu artigo 5º, inciso XL, diz que a lei retroagirá para beneficiar o réu. O Código Penal e a Constituição Federal, em nenhuma hipótese, vedaram a possibilidade de a Lei Penal retroagir parcialmente:<sup>69</sup>

“A conjugação pode ser efetuada não só com inclusão de um dispositivo da outra lei, como também com a combinação de partes de dispositivos das leis anterior e posterior. Apesar das críticas de que não é permitido ao julgador a aplicação de uma “terceira lei (formada por partes de duas), essa orientação afigura-se mais aceitável, considerando-se que o sentido da Constituição é de que se aplique sempre a norma mais favorável.”

Dado o exposto no *Codex* Penal como, também, na Carta Magna ditando que a lei deve favorecer o réu, é de se observar que a conjugação das leis penais obedece aos princípios da ultratividade e da retroatividade:<sup>70</sup>

“Somos da opinião de que a combinação de leis levada a efeito pelo julgador, ao contrário de criar um terceiro gênero, atende aos princípios constitucionais da ultratividade e retroatividade benéfica”

A possibilidade, então, da lei atual favorecer o réu em parte, ao mesmo tempo em que a lei anterior favorece em outra parte, criou uma polemica doutrinária e jurisprudencial: poderia o juiz, combinar duas leis, uma anterior e outra atual, com o objetivo de favorecer o réu?

Para uma corrente doutrinária contrária a combinação de leis penais, André Estefam, Guilherme de Souza Nucci, Nélon Hungria, Alexandre de Moraes, esse instituto seria inválido, pois o juiz estaria interferindo na divisão dos poderes, ou seja, estaria igualando a sua capacidade ao do legislador, pois se assim o fizer, combinar leis, estaria criando uma terceira lei.<sup>71</sup> Nos dizeres do professor Nelson Hungria, contrário ao a combinação:<sup>72</sup>

<sup>69</sup> Ibidem.

<sup>70</sup> GRECCO, Rogério. Ob.Cit. p. 128.

<sup>71</sup> RICARTE, Olívia. **Apontamentos acerca da possibilidade de conjugação de leis, para beneficiar o réu, em sede de matéria Penal.** In: Âmbito Jurídico, Rio Grande, XIV, n. 94, nov 2011. Disponível: <[http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=10657](http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=10657)>. Acesso em ago 2012.

<sup>72</sup> HUNGRIA, Nélon. **Comentários ao código penal.** Vol. I. 4ª Ed., São Paulo: Forense, 1958. p.112.

“Preliminarmente, cumpre advertir que não podem ser entrosados os dispositivos mais favoráveis da lei nova com os da lei antiga, pois, de outro modo, estaria o juiz arvorado em legislador, formando uma terceira lei, dissonante, no seu hibridismo, de qualquer das leis em jogo. Trata-se de um princípio prevalente em doutrina: não pode haver aplicação combinada das duas leis.”

O pensamento de Nelson Hungria é concorrente com um pensamento doutrinário mais atual, nas palavras de Guilherme de Souza Nucci:<sup>73</sup>

“Baseando-se em Von Liszt, ao lecionar que a fórmula mais exata leva o juiz a fazer uma aplicação mental das duas leis que conflitam – a nova e antiga-, verificando, no caso concreto, qual terá o resultado mais favorável ao acusado, mas sem combiná-las, evitando-se a criação de uma terceira lei.”

A corrente doutrinária supracitada explica, em suma, que o juiz não possui a capacidade de combinar leis penais, bem como, a interpretação a cerca do parágrafo único do artigo 2º do Código Penal e do inciso XL da Constituição Federal deve ser integral. Quando a Constituição Federal e o Código Penal se referem ao termo lei, deve a mesma retroagir de forma plena, não podendo ser de modo parcial. Combinando as leis, estaria o magistrado interferindo na divisão de poderes, ou seja, estaria se elevando a condição de legislador, pois estaria criando uma nova lei.<sup>74</sup>

Outra parte da doutrina, Julio Fabbrini Mirabete, Ney Moura Teles, Assis Toledo, Luis Flávio Gomes entre outros, favoráveis à combinação de dois dispositivos legais para uma conjuntura única da pena, criticam veemente tal entendimento, não apenas do ponto de vista legal como, também, da metodologia de interpretação das Leis e da Própria Constituição Federal.<sup>75</sup>

O entendimento a cerca da interpretação das Leis é de suma importância para a compreensão dos argumentos utilizados pela corrente doutrinária favorável a combinação das leis penais.

O ordenamento jurídico escrito não busca apenas uma interpretação integral, ou seja, literal sobre o tema. A doutrina, de forma sólida, entende que o

<sup>73</sup>NUCCI, Guilherme de Souza. **Código penal comentado – versão compacta**. São Paulo: RT, 2009. p. 48

<sup>74</sup>RICARTE, Olívia. Ibidem.

<sup>75</sup>RICARTE, Olívia. Ibidem.

operador da Lei deve observar além do que as palavras propriamente ditas, como também o seu sentido para todo o contexto sócio-jurídico da própria sociedade, onde “o método literal não é o único, pois é preciso, além dele, utilizar o intérprete do método teleológico ou finalístico, com o qual se descobre a vontade da lei.”<sup>76</sup>

O que consiste o método literal, basicamente, é interpretar e observar apenas o que a letra das Leis descreve. Esse método é válido, porque a Lei tem como pressuposto os anseios de sua vontade plenamente, mas apenas observar o que a letra exprime, sem considerar o contexto que a própria Lei está inserida, pode fazer com que lacunas e situações sem a clareza necessária surjam para haver a possibilidade da devida aplicação da Lei no sentido mais abrangente e, com isso, levando-a ao que poderia se chegar mais próximo do justo:<sup>77</sup>

“A clareza de um texto legal é coisa relativa. Uma mesma disposição pode ser clara em sua aplicação aos casos mais imediatos e pode ser duvidosa quando se a aplica a outras relações que nela possam enquadrar e às quais não se refere diretamente, e a outras questões que, na prática, em sua atuação, podem sempre surgir. Uma disposição poderá parecer clara a quem à examinar superficialmente, ao passo que se revelará tal a quem a considerar nos seus fins, nos seus precedentes históricos, nas suas conexões com todos os elementos sociais que agem sobre a vida do direito na sua aplicação que, como produto de novas exigências e condições, não poderiam ser consideradas, ao tempo da formação da lei, na sua conexão com o sistema geral do direito positivo vigente.”

A narrativa acima é válida em todo o contexto penal brasileiro, pois a doutrina é majoritária quanto à necessidade de vários métodos de interpretação para chegar a uma conclusão mais lógica do próprio espírito da Lei.

A Lei é mutável, não, muitas vezes, em suas palavras, mas na metodologia de aplicação e interpretação. Com a Lei Penal não é diferente, pelo contrário, por tratar de relações entre pessoas, seus métodos interpretativos e argumentativos devem estar coerentes com a realidade em que a sociedade se encontra.

---

<sup>76</sup>TELLES, Ney Moura. **Direito Penal- parte geral**. Vol I. São Paulo: Atlas, 2004. p. 134-135.

<sup>77</sup>DINIZ, Maria Helena. **Lei de introdução ao código civil brasileiro interpretada**. São Paulo: Saraiva, 1994. p. 141.

A lei penal mais benéfica deve ser vista a partir do caso concreto, pois determinar qual será aplicada, sem observar de fato quais leis se encaixam na situação impar em que se encontra, é um método quase impossível.<sup>78</sup>

“É praticamente impossível determinar todas as regras teóricas que devem ser utilizadas na apuração da lei mais favorável entre aquelas postas ao intérprete. Assim, tem-se entendido que somente diante do caso concreto, com a aplicação hipotética das duas leis em confronto, se poderá escolher a mais benéfica”

Existe, além do método literal, dentre outros, o método finalístico ou teleológico. Estes consistem na busca não apenas observar no que as letras demonstram, mas seu sentido completo, interpretando de fato à vontade e o sentido da lei, sem ultrapassar os limites estabelecidos dentro do próprio texto legal ou constitucional.<sup>79</sup>

“[...] desenvolve-se em torno de um preceito normativo, para nele compreender casos que não estão expressos em sua letra, mas que nela se encontram, virtualmente, incluídos, conferindo, assim, à norma o mais amplo raio de ação possível, todavia, sempre dentro do seu sentido literal.”

O artigo 5º, inciso XL, da Constituição Federal e o artigo 1º do Código Penal, contudo, não especificam o limite em que a lei pode retroagir. O que tais artigos são claros é em questão de um benefício garantido ao cidadão que deve ser o mais amplo possível. Deve o juiz aproveitar toda a Lei aprovada pelo legislador para que o benefício legal e constitucional seja aplicado em sua plenitude e, utilizando de tal, não está o magistrado criando uma nova lei e sim aplicando-a de fato.<sup>80</sup>

“Com isso fica patente que o juiz não está “criando” uma terceira lei, ou seja, o juiz não está “inventando” nenhum tipo de sanção: apenas vai aplicar as partes benéficas de cada lei, aprovada pelo legislador. O que está vedado ao juiz é ele “inventar” um novo tipo de sanção. Isso não pode. Aplicar tudo aquilo que foi aprovado pelo legislador o juiz pode (e deve).”

<sup>78</sup> MIRABETE, Julio Fabbrini. Ob.Cit. p. 67.

<sup>79</sup> DINIZ, Maria Helena. Ob.Cit. p. 141.

<sup>80</sup> GOMES, Luis Flávio. in “**Nova Lei de Drogas: retroatividade ou irretroatividade?**” Jus Navigandi, Teresina, ano 11, n. 1235, 18 nov. 2006. Disponível: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=9170>>. Acesso em agosto de 2012.

A lei posterior sendo inteiramente favorável ao réu é evidente que retroagirá de forma integral; mas se o for em parte, então o caso é de retroatividade parcial da nova lei. Parece evidente assim que, se a lei deve retroagir quando for integralmente favorável, tal deverá ocorrer, com maior razão, quando o for apenas em parte, em respeito ao princípio constitucional da retroatividade da *Lex Mitior*, pouco importando o quanto de benefício encerre; afinal, se a lei deve retroagir no seu todo quando mais branda, o mesmo há de ocorrer quando somente o for em parte. Ademais, o Código (art. 2º, parágrafo único) prevê a retroatividade quando a lei posterior favorecer o agente de qualquer modo, isto é, incondicionalmente, sempre que a nova lei acarretar alguma espécie de atenuação do castigo.<sup>81</sup>

O magistrado tem a possibilidade de escolher a lei mais benéfica para a aplicação da *Lex Mittior*. Tal preceito não impossibilita o mesmo de combinar dois fundamentos legais para chegar a uma pena aplicada:<sup>82</sup>

“[...] Admite-se a combinação de leis (é a posição que adotamos). O juiz não está criando nova lei, mas movimentando-se dentro do campo legal em sua missão de integração legítima. Se ele pode escolher uma ou outra lei para obedecer ao mandamento constitucional da aplicação da *Lex Mitior*, nada o impede de efetuar a combinação delas, com o que estaria mais profundamente seguindo o preceito da Carta Magna. Há razões ponderáveis no sentido de que se apliquem as disposições mais favoráveis das duas leis, pelo menos em casos especiais. Se o juiz pode aplicar o “todo” de uma ou de outra lei para favorecer o sujeito, não vemos por que não possa escolher parte de uma e de outra para o mesmo fim, aplicando o preceito constitucional. Este não estaria sendo obedecido se o juiz deixasse de aplicar a parcela benéfica da lei nova, porque impossível à combinação de leis.”

O aludido anteriormente demonstra que o magistrado, ao aplicar parte de leis favoráveis não está indo contra qualquer tipo de preceito ou interpretação constitucional, pelo contrário, ao aferir tal, o mesmo está sim aplicando um princípio de suma importância na dogmática legal e constitucional, a equidade.<sup>83</sup>

“Dizer que o juiz está fazendo lei nova, ultrapassando assim suas funções constitucionais, é argumento sem consistência, pois o julgador, em obediência a princípios de equidade consagrados pela própria Constituição, está apenas movimentando-se dentro dos

<sup>81</sup>QUEIROZ, Paulo. **Combinação de Leis Penais**. Disponível: <<http://pauloqueiroz.net/combinacao-de-leis-penais/>>. Acesso em agosto de 2012.

<sup>82</sup>JESUS, Damásio. **Código penal anotado**. 7º Ed. São Paulo: Saraiva. p. 08.

<sup>83</sup>MARQUES, José Frederico. **Curso de direito penal**. São Paulo: Saraiva: 1954. p.192.

quadros legais para uma tarefa de integração perfeitamente legítima.”

O panorama atual em relação ao tema, no contexto jurisprudencial, é dividido. Os tribunais superiores não chegaram a um consenso em relação ao tema, pois o entendimento diverge muito.<sup>84</sup>

Apesar do conflito existente no âmbito doutrinário e jurisprudencial, existe a possibilidade da combinação de leis penais, sem ferir a norma legal e constitucional em favor do réu, não havendo vedação à aplicação de preceito pelos julgadores nem mesmo, com isso, a criação de uma *Lex Tertia*.<sup>85</sup>

“Se lhe está afeto escolher o “todo” para que o réu tenha tratamento penal mais favorável e benigno, nada há que lhe obste selecionar parte de um todo e a parte de outro para cumprir uma regra constitucional que deve sobrepor a pruridos de lógica formal.”

No caso concreto, o que gerou uma grande polêmica no ordenamento jurídico brasileiro foi quando a Lei 11.343/06, que dispõe sobre o tráfico ilícito de entorpecentes, entrou em vigor e, consequentemente, revogou a Lei 6.638/06 que dispunha de maneira diversa acerca da pena de prisão ao traficante de drogas, tema este que será debatido em seguida.<sup>86</sup>

## **2.1 O entendimento do Supremo Tribunal Federal no tocante a combinação de Leis Penais no tráfico de drogas ante o Recurso Especial 596.152 de São Paulo**

Recentemente o plenário do Supremo Tribunal Federal discutiu acirradamente a possibilidade jurídica da conjugação de leis penais em caso de tráfico de drogas. A discussão ocorreu devido um questionamento no caso concreto.

A atual Lei de Drogas, Lei 11.343/06, por consequência da sua vigência revogou as Leis anteriores que dispunham sobre o tema, Leis 6368/76 e 10.409/02, mantendo a proibição do uso de drogas ilícitas, contudo com um caráter punitivo mais benéfico. O legislador optou com a nova lei ainda manter a política

<sup>84</sup>RICARTE, Olívia. Ibidem.

<sup>85</sup>MARQUES, José Frederico. Ibidem.

<sup>86</sup>BOTTINI, Pierpaolo Cruz. **O Supremo e a combinação de leis no tráfico de drogas**. In: Revista Consultor Jurídico, dez 2011. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2011-dez-06/direito-defesa-stf-combinacao-leis-trafico-drogas>>. Acesso em ago 2012.

criminal da proibição do uso de entorpecentes, porém com uma menor rigidez<sup>87</sup>, característica própria *da novatio legis in mellius*.<sup>88</sup>

A disposição em relação ao tráfico, porém, ficou mais severa<sup>89</sup> com a atual Lei 11.343/06, caso esse típico *de novatio legis in pejus*. Como tal instituto não é permitido pela Constituição Federal, a atual Lei de Drogas não retroage e se aplica apenas aos crimes praticados de acordo com sua vigência.<sup>90</sup>

Apesar das penas em relação ao tráfico serem mais severas, surgiu com a criação do parágrafo 4º<sup>91</sup> do artigo 33 da Lei 11.343/06 um benefício antes inexistente para o réu primário. Este poderá ter a pena reduzida de um terço a um sexto caso, além da condição já destacada, ter bons antecedentes e tão pouco integrar organização criminosa. No tocante a tal benefício à lei nova foi mais

<sup>87</sup> O artigo 12 da Lei 6.368/76 dispunha de forma bem severa em relação ao usuário de entorpecentes, no tocante as penas. Tal artigo dita, *in verbis*: “Adquirir, guardar ou trazer consigo, para o uso próprio, substância entorpecente ou que determine dependência física ou psíquica, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar: Pena - Detenção, de 6 (seis) meses a 2 (dois) anos, e pagamento de (vinte) a 50 (cinquenta) dias-multa.”. Diferente do artigo 28 da Lei 11.343/06, atual Lei de Drogas, que prevê penas mais brandas. O artigo 28 alude, *in verbis*: “Quem adquirir, guardar, tiver em depósito, transportar ou trouxer consigo, para consumo pessoal, drogas sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar será submetido às seguintes penas: I - advertência sobre os efeitos das drogas; II - prestação de serviços à comunidade; III - medida educativa de comparecimento a programa ou curso educativo. O exposto demonstra o benefício dado em relação a pena ao usuário pela nova lei em detrimento à anterior, característica essa própria da *novatio legis in mellius* (ROBALDO, José Carlos de Oliveira. **A combinação de leis no tráfico de drogas**. Disponível: <http://www.iuspedia.com.br> 17 abril. 2008. Acesso em ago de 2012.).

<sup>88</sup> ROBALDO, José Carlos de Oliveira. *Ibidem*.

<sup>89</sup> Diferente do trato com o usuário, a Lei 11.343/06 dispôs de forma mais severa em relação ao traficante. O artigo 33 dessa lei dita, *in verbis*: “Art. 33. Importar, exportar, remeter, preparar, produzir, fabricar, adquirir, vender, expor à venda, oferecer, ter em depósito, transportar, trazer consigo, guardar, prescrever, ministrar, entregar a consumo ou fornecer drogas, ainda que gratuitamente, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar: Pena - reclusão de 5 (cinco) a 15 (quinze) anos e pagamento de 500 (quinhentos) a 1.500 (mil e quinhentos) dias-multa.”. O artigo 12 da Lei 6.368, de forma diversa, tratava o traficante, no tocante a sua pena, de forma mais branda. Tal artigo dita, *in verbis*: “Art. 12. Importar ou exportar, remeter, preparar, produzir, fabricar, adquirir, vender, expor à venda ou oferecer, fornecer ainda que gratuitamente, ter em depósito, transportar, trazer consigo, guardar, prescrever, ministrar ou entregar, de qualquer forma, a consumo substância entorpecente ou que determine dependência física ou psíquica, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar; Pena - Reclusão, de 3 (três) a 15 (quinze) anos, e pagamento de 50 (cinquenta) a 360 (trezentos e sessenta) dias-multa.” O exposto demonstra claramente que houve um prejuízo em relação a pena do tráfico de drogas dado pela Lei 11.343/06 em detrimento da Lei 6.368/76, tal preceito é típico do instituto da *novatio legis in pejus*. (ROBALDO, José Carlos de Oliveira. *Ibidem*).

<sup>90</sup> ROBALDO, José Carlos de Oliveira. *Ibidem*.

<sup>91</sup> O parágrafo 4º do artigo 33 da Lei 11.343/06 dita, *in verbis*: “§ 4º Nos delitos definidos no caput e no § 1º deste artigo, as penas poderão ser reduzidas de um sexto a dois, desde que o agente seja primário, de bons antecedentes, não se dedique às atividades criminosas nem integre organização criminosa.”. Esse benefício não era concedido pela lei anterior, logo a nova lei deve retroagir aos fatos já praticados para que todos os réus sejam beneficiados. (ROBALDO, José Carlos de Oliveira. *Ibidem*).

benéfica do que a anterior revogada, possuindo, de acordo com a exceção da irretroatividade conferida pela Constituição Federal, à capacidade de retroagir podendo assim ser aplicada a fatos acontecidos antes da sua vigência sendo esta característica típica da *novatio legis in melius*.<sup>92</sup>

O caso sobre a conjugação de Leis Penais no Tempo ganhou nova discussão com o Recurso Extraordinário 596.152 de São Paulo<sup>93</sup>.

Neste o réu fora anteriormente condenado pelo Juízo singular da vara criminal localizada na comarca de São Paulo a uma pena de três anos e quatro meses de reclusão em regime fechado. Como o crime ocorrera anterior ao ano de 2006, sua pena foi arbitrada de acordo com o artigo 12 da Lei 6.368/76.<sup>94</sup>

A posterior vigência da Lei 11.343/06 fez com a defesa pleiteasse a pretensão de que houvesse a extensão da causa de diminuição de pena contida no parágrafo 4º do artigo 33 da nova lei. O pedido foi concedido pelo Juízo da Vara de Execuções Criminais da Comarca de São Paulo e, com isso, a pena anteriormente estabelecida ao réu reduziu para um ano e oito meses de reclusão.<sup>95</sup>

O Ministério Público interpôs Agravo de Execução que foi acolhido pelo Tribunal de Justiça da comarca de São Paulo estabelecendo a pena como originalmente estabelecida, ou seja, três anos e quatro meses de reclusão.<sup>96</sup>

O réu, com a decisão do Tribunal de Justiça, então impetrou *Habeas Corpus*<sup>97</sup> perante o Superior Tribunal de Justiça que concedeu a ordem do instituto

<sup>92</sup> ROBALDO, José Carlos de Oliveira. Ibidem.

<sup>93</sup> Informativo 611 do Supremo Tribunal Federal. “EMENTA: RECURSO EXTRAORDINÁRIO. CONSTITUCIONAL. PENAL. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. CAUSA DE DIMINUIÇÃO DE PENA, INSTITUÍDA PELO § 4º DO ART. 33 DA LEI 11.343/2006. FIGURA DO PEQUENO TRAFICANTE. PROJEÇÃO DA GARANTIA DA INDIVIDUALIZAÇÃO DA PENA (INCISO XLVI DO ART. 5º DA CF/88).CONFLITO INTERTEMPORAL DE LEIS PENAS. APLICAÇÃO AOS CONDENADOS SOB A VIGÊNCIA DA LEI 6.368/1976. POSSIBILIDADE.PRINCÍPIO DA RETROATIVIDADE DA LEI PENAL MAIS BENÉFICA(INCISO XL DO ART. 5º DA CARTA MAGNA). MÁXIMA EFICÁCIA DA CONSTITUIÇÃO. RETROATIVIDADE ALUSIVA À NORMA JURÍDICO-POSITIVA. INEDITISMO DA MINORANTE. AUSÊNCIA DE CONTRAPOSIÇÃO À NORMAÇÃO ANTERIOR.COMBINAÇÃO DE LEIS. INOCORRÊNCIA. EMPATE NAVOTAÇÃO. DECISÃO MAISFAVORÁVEL AO RECORRIDO. RECURSO DESPROVIDO.”(RE 596152 SP , Relator: Min. RICARDO LEWANDOWSKI, Data de Julgamento: 13/10/2011, Tribunal Pleno, Data de Publicação: REPERCUSSÃO GERAL – MÉRITO.).

<sup>94</sup> RE 596152 SP, Relator: Min. RICARDO LEWANDOWSKI, Data de Julgamento: 13/10/2011, Tribunal Pleno, Data de Publicação: REPERCUSSÃO GERAL – MÉRITO.

<sup>95</sup> Ibidem.

<sup>96</sup> Ibidem.



constitucional. O efeito do *Habeas Corpus* foi restabelecer a decisão do Juízo das Execuções Penais permitindo ao paciente o gozo da causa de diminuição de pena contida no parágrafo 4º do artigo 33 da nova Lei de Drogas, Lei 11.343/06.<sup>98</sup>

O Ministério Público Federal, então, interpôs o Recurso Extraordinário 596.152-SP, de relatoria do Ministro Ricardo Lewandowski, contra o acórdão proferido pelo Superior Tribunal de Justiça em razão do *Habeas Corpus*<sup>99</sup> anteriormente concedido.<sup>100</sup>

No Recurso, a acusação alegará afronta ao artigo 5º, inciso XL da Constituição Federal argumentando que ao conjugar duas regras benignas de dois sistemas normativos diversos formaria então, o judiciário, uma terceira lei.<sup>101</sup>

Alegou, também, que a expressão “lei” contida no inciso do artigo supramencionado se referencia à norma penal, considerada como “dispositivo isolado inserido em determinado diploma de lei”.<sup>102</sup> Nesse ponto, destacou que toda a discussão se focava na combinação de normas penais que se friccionam no tempo.

---

<sup>97</sup> “CONSTITUCIONAL – PENAL – HABEAS CORPUS – TRÁFICO DE DROGAS – CRIME PRATICADO SOB A ÉGIDE DA LEI 6.368/1976 – REDUÇÃO DO ARTIGO 33, §4º DA LEI 11.343/2006 – NOVATIO LEGIS IN MELLIUS – RETROATIVIDADE – IMPERATIVO CONSTITUCIONAL – ORDEM CONCEDIDA PARA RESTABELECER A DECISÃO DE PRIMEIRO GRAU. CONCEDIDA ORDEM DE OFÍCIO PARA SUBSTITUIR A PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE E ALTERAR SEU REGIME DE CUMPRIMENTO.

1. É imperativa a aplicação retroativa da causa de diminuição de pena contida no parágrafo 4º do artigo 33 da Lei 11.343/2006 feita sob a pena cominada na Lei 6.368/1976, em obediência aos comandos constitucional e legal existentes nesse sentido. Precedentes.

2. Não constitui uma terceira lei a conjugação da Lei 6.368/76 com o parágrafo 4º da Lei 11.343/06, não havendo óbice a essa solução, por se tratar de dispositivo benéfico ao réu e dentro do princípio que assegura a retroatividade da norma penal, constituindo-se solução transitória a ser aplicada ao caso concreto.

3. Ordem concedida para cassar o acórdão do Tribunal a quo e estabelecer a decisão da Vara de Execuções Criminais de São Paulo, juntada à f. 17/18, que aplicou retroativamente a causa de redução” (101125 SP. Relatora: Min. JANE SILVA, Sexta Turma, Data de Publicação: 30 jun. 2008. *HABEAS CORPUS*.)

<sup>98</sup> RE 596152 SP. *Ibidem*.

<sup>99</sup> O Ministério Público Federal, em sede de recurso ordinário, interpôs tal em consonância com o artigo 102, Inciso I, alínea “a” da Constituição Federal. O recurso foi inadmitido em vista da evidente discrepância da finalidade do mesmo, pois o *Habeas Corpus* interposto pela defesa junto ao Superior Tribunal de Justiça foi admitido. (*Ibidem*.)

<sup>100</sup> *Ibidem*.

<sup>101</sup> *Ibidem*.

<sup>102</sup> *Ibidem*.

A acusação afirmou, também, que a Constituição Federal vedaria a combinação de leis penais, que dispendo sobre o mesmo instituto legal, se contrapusesse temporalmente.<sup>103</sup>

Alegou, ainda, que o fato da nova Lei de Entorpecentes, Lei 11.343/06, ter criado uma nova figura do “pequeno traficante”, não observado pela legislação anterior e que de fato mereceria tratamento diferenciado, não acarretaria conflito de normas, tão pouco a combinação das mesmas, em vista que a minorante do parágrafo 4º do artigo 33 da Lei mencionada seria nova no ordenamento jurídico, não havendo qualquer contraposição a regra anterior.<sup>104</sup>

A discussão sobre o tema foi acirrada no Plenário do Supremo Tribunal Federal. O final do julgamento decorreu em empate<sup>105, 106</sup>.

No caso em questão, cinco<sup>107</sup> foram os Ministros que votaram a favor da unidade legal, ou seja, reconheceram sim que a lei penal mais benéfica deve retroagir em favor do réu, porém a mesma é impossibilitada de retroagir de forma fragmentada.<sup>108</sup> Para esses Ministros deve ser aplicada a nova lei na íntegra, com a pena mais elevada e a causa de diminuição da pena, ou então a lei anterior na

---

<sup>103</sup> Ibidem.

<sup>104</sup> Ibidem.

<sup>105</sup> Os Ministros que participaram do julgamento foram: Ricardo Lewandowski, Carmen Lucia, Joaquim Barbosa, Luiz Fux, Marco Aurélio, Ayres Britto, Cesar Peluso, Dias Toffoli, Gilmar Mendes e Celso de Mello totalizando dez Ministros. A vaga da Ministra Ellen Gracie, hoje ocupada pela Ministra Rosa Weber, estava em aberto, consequência da sua aposentadoria. (BOTTINI, Pierpaolo Cruz. **O Supremo e a combinação de leis no tráfico de drogas**. In: Revista Consultor Jurídico, dez 2011. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2011-dez-06/direito-defesa-stf-combinacao-leis-trafico-drogas>>. Acesso em ago 2012.).

<sup>106</sup> MONTALVÃO, Antônio Fernando Dantas. **Tráfico de drogas e combinação de leis**. Montalvão Advogados Associados, Paulo Afonso, 30 abr. 2007. Disponível em: <<http://www.montalvao.adv.br/plexus/ver.asp?id=1820>>. Acesso em: 12 set. 2012.

<sup>107</sup> Os ministros que votaram a favor da unidade legal são: Ricardo Lewandowski, Carmen Lucia, Joaquim Barbosa, Luiz Fux e Marco Aurélio (BOTTINI, Pierpaolo Cruz. Ibidem).

<sup>108</sup> Nas palavras do Ministro Relator Ricardo Lewandowski, *in verbis*: “Com a devida vênica daqueles que entendem de modo contrário e fiel à jurisprudência desta Corte, penso que a aplicação do princípio da retroatividade não autoriza a cominação de leis, vedada pelo ordenamento jurídico pátrio. Dessa forma, entendo que não é possível à conjugação de partes mais benéficas de diferentes normas para criar-se uma terceira lei, sob pena de violação aos princípios da legalidade e da separação dos Poderes”. O Ministro Joaquim Barbosa, partidário da mesma ideia, entende que, *in verbis*: “trata-se de um conflito de leis no tempo do qual resulta amálgama que não foi aquilo que o legislador preconizou”. A Ministra Carmem Lúcia entende que se o Supremo Tribunal Federal permitisse ser aplicada a causa especial de diminuição de pena aos crimes de tráfico de drogas praticados consoantes a Lei anterior, Lei 6.368/76, onde a pena mínima culminava em três anos, existiria a possibilidade de este crime ser punido com uma pena de até um ano de reclusão, parecido com as penas previstas aos crimes ditos de menor potencial ofensivo. (RE596152 SP. Ibidem.)

íntegra, com a pena mais branda, porém sem a causa de diminuição da pena<sup>109</sup>. No entendimento destes, retroagir a nova Lei de Entorpecentes de forma fragmentada concomitante com a combinação de dispositivos da Lei anterior de Entorpecentes acarretaria a criação de uma terceira lei, algo indesejado pelo legislador.<sup>110</sup>

Os demais cinco<sup>111</sup> Ministros, em contrapartida, entenderam existir a possibilidade da combinação de leis penais no tempo. Para esses é impossível à aplicação da pena mais grave da lei mais nova em virtude do evidente prejuízo ao réu do caso em questão, porém a causa de diminuição da pena é completamente viável, em vista de esta novidade ser benéfica ao réu<sup>112</sup>. No entendimento desses Ministros, o juiz não criaria uma lei, no caso concreto, mas realizaria uma possibilidade completamente possível.<sup>113</sup>

A divergência<sup>114</sup> se iniciou com o voto do Ministro Cezar Peluso, então presidente do Supremo Tribunal Federal. O mesmo afirmou não existir obstáculo legal para a aplicação da diminuição da pena, observando que o parágrafo 4º, do artigo 33 da nova Lei de Entorpecentes exige pressuposto de condutas e características do condenado já presentes na Lei anterior<sup>115</sup>, então revogada.<sup>116</sup>

O Ministro Cezar Peluso ainda fez uma análise do parecer apresentado pelo deputado Paulo Pimenta, do Partido dos Trabalhadores do Rio Grande do Sul, relator na Comissão de Constituição de Justiça da Câmara dos Deputados do projeto de lei que futuramente originou a Lei 11.343/06, concluindo que uma das

<sup>109</sup>Esse é o entendimento doutrinário, do qual os Iminentes Ministros se basearam, de Hungria Aníbal Bruno, Heleno Cláudio Fragoso, Jair Leonardo Lopes, Paulo José da Costa Júnior, Von Litz, Claus Roxin. (RE596152 SP. Ibidem.)

<sup>110</sup>BOTTINI, Pierpaolo Cruz. Ibidem.

<sup>111</sup>Os ministros que votaram a favor da combinação das leis penais são: Ayres Britto, Cesar Peluso, Dias Toffoli, Gilmar Mendes e Celso de Mello (BOTTINI, Pierpaolo Cruz. Ibidem.).

<sup>112</sup>Esse é o entendimento doutrinário, do qual os Iminentes Ministros se basearam, de Cezar Bittencourt, Magalhães Noronha, José Frederico Marques, Francisco de Assis Toledo, Damásio de Jesus e Celso Delmanto. (RE 596152 SP. Ibidem.)

<sup>113</sup>BOTTINI, Pierpaolo Cruz. Ibidem.

<sup>114</sup>Outro Ministro que seguiu o entendimento do então presidente do Supremo Tribunal Federal foi Dias Toffoli no qual afirmou: “A teoria e a jurisprudência firmadas no sentido de ser impossível, em toda e qualquer hipótese, a junção de duas leis parece não ser a melhor diante da racionalidade dos ensinamentos da teoria geral do Direito, porque o ordenamento jurídico é um só.” (RE596152/SP, rel. orig. Min. Ricardo Lewandowski, red. p/ o acórdão Min. Dias Toffoli, 13.10.2011.).

<sup>115</sup>As condutas e características descritas pelo Excelentíssimo Ministro Cezar Peluso são: réu primário, bons antecedentes e que não se dedique a atividades criminosas nem integre organizações criminosas. (RE 596152 SP. Ibidem.)

<sup>116</sup>RE596152 SP. Ibidem.

finalidades da nova Lei de Entorpecentes foi distinguir pequenos dos grandes traficantes:<sup>117</sup>

“Daí se vê que não há como repudiar a aplicabilidade da causa de diminuição da pena também a situações anteriores, pois foi esta a nova valoração da conduta menos perigosa daquele que se convencionou chamar de ‘pequeno traficante’ em oposição ao ‘grande traficante’, que motivou a previsão legal. O propósito claro da lei foi punir de maneira menos severa pessoas nas condições nela disciplinada sem nenhuma correlação, por si, com as novas penas aplicáveis ou aplicadas”.

O voto que merece destaque, entre aqueles favoráveis à combinação de leis penais, é o do Ministro Ayres Britto.

O Supremo Tribunal Federal, diante o julgamento da Extradução número 925<sup>118</sup>, em 10 de Agosto de 2005, foi favorável a corrente que tem como pressuposto não aceitar a conjugação de leis no tempo mesmo quando existe a possibilidade de benefício ao réu ou aquele já condenado. No momento, o Ministro Ayres Britto manifestou seu pensamento no sentido da aplicação integral da lei mais favorável, não favorecendo a combinação de leis no tempo:<sup>119</sup>

“O que há de ser feito, então, ante um conflito de leis no tempo e da impossibilidade da combinação de modelos legais para resolvê-lo é buscar-se, nos parâmetros de cada caso, qual das leis em confronto é de ser aplicada em face da sua condição de maior benignidade.”

<sup>117</sup> RE596152/SP, rel. orig. Min. Ricardo Lewandowski, red. p/ o acórdão Min. Cezar Peluso, 13.10.2011.

<sup>118</sup> Interessante observar a ementa da Extradução 925 para assim observar o novo entendimento do Supremo Tribunal Federal sob o tema de conjugação de leis no tempo e, até mesmo, a nova visão do Ministro Ayres Britto a cerca da polêmica: “EXTRADIÇÃO INSTRUTÓRIA. ALEGAÇÃO DE INSUFICIÊNCIA DA DOCUMENTAÇÃO, OCORRÊNCIA DA PRESCRIÇÃO E AUSÊNCIA DE DUPLA TIPICIDADE EM FACE DE ABOLITIO CRIMINIS. IMPROCEDÊNCIA. Para apreciação do pedido de extradição instrutória, exige-se a apresentação de documentos comprobatórios de processo penal contra o extraditando e em trâmite no Estado de origem. Os poderes do Estado requerido para o exame do feito são elementarmente restritos, interditando-se ao STF análises que incidam sobre a aptidão da peça acusatória, o mérito da acusação, ou eventuais vícios na tramitação da ação penal. A busca da norma mais favorável ao acusado, para fins de reconhecimento da prescrição, não se dá pela conjugação de dispositivos mais benéficos em diplomas legais que se seguiram no tempo. É inadmissível a criação de um terceiro estatuto normativo para reger o caso concreto. Precedentes tanto deste Supremo Tribunal Federal quanto da Corte estrangeira. Inocorrência da prescrição, à luz de cada legislação isolada. A dupla tipicidade é aferida a partir da constatação da existência de tipo penal incriminador da conduta imputada ao extraditando. Não há descriminalização na superveniência de lei que não altera os elementos do tipo, mas simplesmente confere uma nova feição à mesma conduta criminosa. Extradução deferida.” (925 PG, Relator: CARLOS BRITTO, Data de Julgamento: 09/08/2005, Tribunal Pleno, Data de Publicação: DJ 09-12-2005 PP-00006 EMENT VOL-02217-01 PP-00021.)

<sup>119</sup> Ibidem.

Apesar do entendimento anterior proferido pelo Ministro Ayres Britto, o mesmo afirmou que seguiu refletindo sobre o tema desde então. A prova desta foram os entendimentos proferidos pelo Ministro sobre o caráter personalíssimo do Direito Penal no tocante a individualização da pena e do apenado no caso concreto.<sup>120</sup>

“[...] não se pode perder de vista o caráter individual dos direitos subjetivo-constitucionais em matéria penal; sabido que o indivíduo é sempre uma realidade única ou insimilar, irrepetível mesmo na sua postura anímica e biopsíquica de microcosmo ou de um universo à parte.”

O Ministro também foi pertinente ao observar o caráter dinâmico que envolve o princípio da Legalidade pelo qual estava envolvido o artigo 5º, inciso XL da Constituição Federal:<sup>121</sup>

“[...] a norma do inciso XL do art. 5º da Lei das Leis está a merecer de nossa parte uma interpretação mais elástica ou tecnicamente ‘generosa’ (falaria o pranteado Miguel de Seabra Fagundes), na medida em que ela própria dispõe sobre a não retroação da lei penal, ‘salvo para beneficiar o réu.’”

No seu voto o Ministro Ayres Britto destacou a necessidade do operador do Direito se atentar a interpretação mais favorável possível do texto constitucional, principalmente nos dispositivos que dizem respeito a direitos fundamentais como, por exemplo, o artigo e seu inciso anteriormente destacado:<sup>122</sup>

“[...] a principal diretriz hermenêutica do cientista e operador do direito é conferir o máximo de eficácia à Constituição, mormente naqueles dispositivos que mais nitidamente revelem a identidade ou os traços fisionômicos dela própria, como é o tópico dos direitos e garantias individuais.”

O Ministro continua sua exortação explicando que de fato, como o Ministério Público outrora afirmou, quando o operador do direito ler o artigo 5º, inciso XL, da Constituição Federal deve entender que “lei penal” como “norma penal” e que a Carta realmente veda que a “norma penal” retroaja, salvo em benefício ao réu.

---

<sup>120</sup> RE 596152/SP, rel. orig. Min. Ricardo Lewandowski, red. p/ o acórdão Min. Ayres Britto, 13.10.2011.

<sup>121</sup> Ibidem.

<sup>122</sup> Ibidem.

Porém, o mesmo observa que apesar da benignidade ser inerente à norma penal, o instituto da retroação é destacado pela própria Constituição:<sup>123</sup>

“[...] o Magno Texto, no aludido inciso XL do art. 5º, quando fala de lei penal, está falando, em rigor, de norma penal (a ‘norma penal não retroagirá, salvo para beneficiar o réu’, é como se deve ler). [...] É como dizer: se a benignidade está na regra penal, a retroação eficaz está na Constituição mesma.”

O Ministro Ayres Britto então explica que a possibilidade admitida pelo ordenamento jurídico brasileiro não o fim denominado combinação de leis penais no tempo. Segundo seu entendimento o que deve ser feito é a aplicabilidade integral da norma mais benigna, vedando o ordenamento, por consequência, da fragmentação da norma:<sup>124</sup>

“[...] a prefalada discussão em torno da possibilidade ou da impossibilidade de mesclar leis que antagonicamente se sucedem no tempo (para que dessa combinação se chegue a um terceiro modelo jurídico-positivo) é de se deslocar do campo da lei para o campo da norma. [...] O que a nossa Constituição rechaça é a possibilidade de mistura entre duas normas penais que se contraponham, no tempo, sobre o mesmo instituto ou figura de direito. Situação em que há de se fazer uma escolha, e essa escolha tem que recair é sobre a inteireza da norma comparativamente mais benéfica. Vedando-se, por conseguinte, a fragmentação material do instituto, que não pode ser regulado, em parte, pela regra mais nova e de mais forte compleição benéfica, e, de outra parte, pelo que a regra mais velha contenha de mais benfazejo.”

Esclarece então seu pensamento por outro viés. Explica, o Ministro, queno caso do Recurso Extraordinário 596.152 de São Paulo o que acontece não é a combinação de leis penais no tempo, porém os efeitos permitidos pela própria Constituição Federal inerentes as normas penais, ou seja, o que de fato consubstanciou para que houvesse fatores benignos de uma norma antiga com a de uma nova norma foram os efeitos da ultratividade e da retroatividade da lei penal. Mesmo a lei anterior ter acabado sua vigência seus efeitos benignos continuam para os sujeitos de direito que cometeram os crimes em sua vigência e, por isso, possuem o direito de obter os benefícios desta:<sup>125</sup>

---

<sup>123</sup> Ibidem.

<sup>124</sup> Ibidem.

<sup>125</sup> Ibidem.

“O que proclama a Constituição, portanto, é a retroatividade dessa ou daquela figura de direito que, veiculada por norma penal temporalmente mais nova, se revele ainda mais benfazeja do que a norma igualmente penal até então vigente. Caso contrário, ou seja, se a norma penal mais nova consubstanciar política criminal de maior severidade, o que prospera é a vedação da retroatividade. Equivale a dizer: na hipótese de maior severidade ou endurecimento da norma penal mais nova, ela revoga, sim, a norma penal mais antiga; que, no entanto, mantém íntegros os efeitos que já deflagrou ou ainda esteja a deflagrar na esfera subjetiva de quem protagonizou os fatos por ela descritos como crimes. É o fenômeno da ultratividade eficaz da norma que, embora revogada, conserva os seus efeitos penais comparativamente mais benéficos quanto a determinados sujeitos de direitos. Morre a norma antiga, mas sobrevivem os seus efeitos comparativamente mais favorecedores de determinada(s) pessoa(s)”.

O Ministro Ayres Britto continua seu pensamento sobre a ultratividade e a retroatividade, finalizando seu entendimento a cerca do tema da eficácia da lei penal no tempo:<sup>126</sup>

“[...] o tema em debate ganha em clareza cognitiva à luz das figuras constitucionais da ultratividade e da retroatividade, não de uma determinada lei penal em sua inteireza, mas de uma particularizada norma penal com seu específico instituto. Isto na acepção de que, ali onde a norma penal mais antiga for também a mais benéfica, o que deve incidir é o fenômeno da ultra-atividade; ou seja, essa norma penal mais antiga decai da sua atividade eficaz, porquanto inoperante para reger casos futuros, mas adquire instantaneamente o atributo da ultra-atividade quanto aos fatos e pessoas por ela regidos ao tempo daquela sua originária atividade eficaz. Mas ali onde a norma penal mais nova se revelar mais favorável, o que toma corpo é o fenômeno da retroatividade do respectivo comando. Com o que ultra-atividade (da velha norma) e retroatividade (da regra mais recente) não podem ocupar o mesmo espaço de incidência. Uma figura é repelente da outra, sob pena de embaralhamento de antagônicos regimes jurídicos de um só e mesmo instituto ou figura de direito.”

O Ministro conclui seu voto no Recurso Extraordinário em destaque reafirmando seu entendimento exposto. No primeiro momento da sua conclusão, o mesmo explica a situação, no caso em questão, em que o artigo 33, parágrafo 4º da Lei 11.343/06 se aplica em relação à punibilidade dirigida ao agente no tocante à aplicação do artigo citado:<sup>127</sup>

“O § 4º do art. 33 da Lei nº 11.343/06 outra coisa não fez senão erigir quatro vetores à categoria de causa de diminuição de pena para

---

<sup>126</sup> Ibidem.

<sup>127</sup> Ibidem.

favorecer a figura do pequeno traficante. Minorante, essa, não objeto de normação anterior. E que, assim ineditamente positivada, o foi para melhor servir à garantia constitucional da individualização da reprimenda penal (inciso XLVI do art. 5º da CF/88). Mas para melhor servir a essa garantia pelo uso de u'a mais justa proporcionalidade entre o castigo e as circunstâncias do crime de tráfico ilícito de entorpecentes em sua empírica perpetração."

No segundo momento, é explicado que o tipo penal referente ao tráfico de entorpecentes já figurava na Lei revogada e que o fator inédito, no caso em questão, é referente apenas em relação a pena mínima de reclusão. Todos os demais pontos referentes ao tipo mencionado se mantiveram intactos quando comparado a lei vigente com a anterior:<sup>128</sup>

"Alusivamente ao tipo penal ou delito em si do tráfico de entorpecentes, ele já figurava no art. 12 da Lei nº 6.368/76. O ineditismo regratório, no que interessa a esta causa, deu-se tão somente quanto à pena mínima de reclusão, que subiu de 3 (três) para 5 (cinco) anos. Afora pequenas alterações redacionais, tudo o mais se manteve substancialmente intacto [...]."

No terceiro momento, o Ministro Ayres Britto demonstra o instituto da Ultra-atividade e Retroatividade, agora no caso concreto, demonstrando que, em consonância com o princípio do benefício ao réu, a norma mais agravante cede espaço para a de maior benefício, mesmo esta em condição temporal anterior:<sup>129</sup>

"No plano do agravamento da pena de reclusão, a regra mais nova não tem como retroincidir. Sendo (como de fato é) constitutiva de política criminal mais drástica, a nova regra cede espaço ao comando da norma penal de maior teor de benignidade, que é justamente aquela mais recuada no tempo: o art. 12 da Lei nº 6.368/76, a incidir por ultra-atividade."

No quarto e último ponto, antes de concluir seu voto, o Ministro suscita que apesar do instituto da minorante ser novo, o mesmo não se contrapõe a nenhuma norma penal anterior e, por esse ponto, a mesma pode incidir de forma imediata, no caso em questão, e, também, estará de acordo com a própria Constituição afastando de pronto qualquer tese sobre combinação indevida de normas penais:<sup>130</sup>

---

<sup>128</sup> Ibidem.

<sup>129</sup> Ibidem.

<sup>130</sup> Ibidem.



“Não é o que sucede com o novidadeiro instituto da minorante, que, por força mesma do seu ineditismo, não se contrapõe a nenhuma anterior regra penal. [...] Daí poder incidir tão imediata quanto solitariamente, nos exatos termos do inciso XL do art. 5º da Constituição Federal. O que afasta, de plano, qualquer eiva ou mácula de combinação indevida de normas penais para compor uma terceira e imaginária regra penal sobre um mesmo instituto. Afinal, como combinar regra nova com uma inexistente norma velha? Impossível! O que de pronto afasta qualquer ofensa ao princípio da separação dos Poderes, pois não houve, por nenhuma forma, usurpação de competência legislativa pelo Poder Judiciário.”

A conclusão do voto do Ministro Ayres Britto, acompanhando o voto dos demais que denegaram o Recurso Extraordinário interposto pelo Ministério Público Federal, tem como questão a constitucionalidade da decisão outrora firmada pela Vara de Execução Penal da Comarca de São Paulo bem como a validade constitucional da Retroatividade da norma penal do caso em análise:<sup>131</sup>

“A retroatividade benigna opera por mérito da Constituição mesma (inciso XL do art. 5º), que se coloca, então, como o único fundamento de validade da retroação penal da norma de teor mais favorável. E se a vontade objetiva da Constituição é essa – desde a sua redação originária, acresça-se –, não cabe sequer cogitar de ofensa a esse ou aquele princípio igualmente constitucional.”

Concluindo o julgamento, o Plenário, em decorrência do empate<sup>132</sup> na votação, e em virtude do artigo 146, parágrafo único, do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal<sup>133</sup>, desproveu o Recurso Extraordinário. Além disso, manteve a ordem do *Habeas Corpus* concedida pelo Superior Tribunal de Justiça em favor do recorrido, o que fez originar o recurso.

---

<sup>131</sup> Ibidem.

<sup>132</sup> Em virtude de todos os Ministros terem votado e se tratando de pedido de *writ* na própria origem, se aplicou no caso concreto o resultado mais favorável ao réu, ou seja, um ano e oito meses de reclusão. (MONTALVÃO, Antônio Fernando Dantas. Ibidem.).

<sup>133</sup> O parágrafo único do artigo 146 do Regimento interno do Supremo Tribunal Federal, *in verbis*: “Art.146. Havendo, por ausência ou falta de um Ministro, nos termos do art. 13, IX, empate na votação de matéria cuja solução dependa de maioria absoluta, considerar-se-á julgada a questão proclamando-se a solução contrária à pretendida ou à proposta. Parágrafo único. No julgamento de habeas corpus e de recursos de habeas corpus proclamar-se-á, na hipótese de empate, a decisão mais favorável ao paciente.” (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Disponível em: [http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/legislacaoRegimentoInterno/anexo/RISTF\\_Julho\\_2012.pdf](http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/legislacaoRegimentoInterno/anexo/RISTF_Julho_2012.pdf). Acesso em 04 out. 2012.).

Foi advertido ainda que apesar do reconhecimento da Repercussão Geral, virtude da situação peculiar em questão, à temática constitucional apreciada não foi consolidada.<sup>134</sup>

Importante destacar o voto do Ministro Ayres Britto. Seu voto demonstrou que mesmo votando anteriormente contra a conjugação de leis penais no tempo, o Supremo Tribunal Federal é capaz de mudar um entendimento, que muitas vezes, se apresentar de forma sólida.

O voto, também, demonstrou uma visão diferente sobre o tema, em relação aos demais Ministros. Nesse, foi demonstrado que os aspectos da “combinação de leis penais no tempo” não estão alheios ao Direito, mas sim institutos inerentes à lei e a própria Constituição Federal consolidados pelos princípios da ultratividade e retroatividade, fazendo assim com que o réu possa gozar de um benefício que é seu por direito.

Outro destaque importante se deu no tocante a separação dos Poderes. O Ministro com o seu voto demonstrou que em nada interfere na competência do Legislativo o argumento utilizado na conjugação das duas leis, pois a própria Carta autoriza tal, onde o ponto de partida são seus próprios princípios destacados no artigo 5º, inciso XL da Constituição Federal.

A doutrina também se mostra favorável ao entendimento exposto. É demonstrado de maneira semelhante ao voto citado que quando a regra constitucional destaca “lei” deve ser analisada a questão da “norma”. Quando a Lei Penal e a Norma Constitucional autorizam que a lei retroaja em benefício ao réu o magistrado tem o dever de aplicar dispositivos normativos mais benéficos, mesmo de leis diferentes em relação ao seu lapso temporal, com isso, não estará criando uma nova lei:<sup>135</sup>

“Mas, se a constituição federal manda a lei penal mais benéfica retroagir sempre, o que se pode afirmar é que apenas o dispositivo benéfico retroage, irretroativo o mais severo. O desejo da lei maior é que retroaja a norma mais benéfica, e não o texto integral, a não ser

---

<sup>134</sup> MONTALVÃO, Antônio Fernando Dantas. Ibidem.

<sup>135</sup> TELLES, Ney Moura. **Direito Penal- parte geral**. Vol. I. São Paulo: Atlas, 2004. p. 107, 108

que fosse ele, integralmente, mais favorável. Se num mesmo texto há vários dispositivos, uns benéficos, outros prejudiciais, é claro que só aqueles retroagem. Ao combinar os dispositivos de duas leis, o juiz não cria uma terceira lei, mas apenas obedece ao preceito constitucional, maior, que não manda a lei retroagir por inteiro, mas determina a retroatividade de todo e qualquer dispositivo legal que vier favorecer o réu. A conclusão é q o juiz não só pode, como tem o dever de aplicar os dispositivos mais benéficos ao acusado, não importa se estiverem contidos em duas, três ou quantas leis diferentes.”

A doutrina, em parte, coloca em questão a possibilidade de o próprio agente escolher a lei que o mais beneficiária, porém como este instituto no ordenamento jurídico brasileiro é inexistente, entende que o melhor é beneficiar o réu a partir de dispositivos benéficos de leis diferentes, no caso concreto:<sup>136</sup>

“Não parece absurdo que se permita ao defensor do réu ou condenado escolher aquela que mais convier a este, quando, havendo conflito, somente o interessado possa aquilatar o que mais lhe beneficia. [...] A melhor solução, porém, é a de que pode haver combinação das duas leis, aplicando-se sempre os dispositivos mais benéficos.”

A doutrina também é clara que o magistrado ao aferir benefícios de normas legais de *Codex* distintos, em relação ao tempo, esta agindo conforme regra constitucional, pois “[...] Se lhe está afeto escolher o ‘todo’ para que o réu tenha tratamento penal mais favorável e benigno, nada há que lhe obste selecionar parte de um todo e parte de outro, para cumprir uma regra constitucional que deve sobrepairar a pruridos de lógica formal.”.<sup>137</sup>

O princípio da retroatividade é irrestrito. A Carta Magna em nenhum ponto obstou tal princípio impondo-lhe alguma regra de restrição, devendo o mesmo, então, ser utilizado de forma ampla, sempre visando o benefício ao réu, entendimento esse compartilhado por outro voto favorável no Supremo Tribunal Federal, o do Ministro Cesar Peluso:<sup>138</sup>

“A aplicação do princípio constitucional da retroatividade da lei penal mais benéfica é irrestrita, uma vez que a Constituição Federal não estabeleceu nenhum embaraço a esta retroatividade. Assim, não importa de que forma a nova lei benéfica favoreça ao acusado,

<sup>136</sup>MIRABETE, Julio Fabbrinni. Ibidem. p. 67.

<sup>137</sup>MARQUES, José Frederico. Ibidem. p. 192

<sup>138</sup>JUNIOR, Hélio Soares. **Art. 33, §4º da lei 11.343/06: retroatividade?** UNIFACS. Disponível: [http://web.unifacs.br/revistajuridica/edicao\\_outubro2008/discute/di2.doc](http://web.unifacs.br/revistajuridica/edicao_outubro2008/discute/di2.doc). Acesso em: 14 set. 2012.

devendo sempre ser aplicada aos fatos pretéritos a sua vigência. [...] A expressão “que de qualquer modo favorecer o agente” não deixa qualquer sombra de dúvidas quanto a possibilidade da conjugação de leis penais para favorecer um acusado, permitindo-se a aplicação do princípio da retroatividade de forma ampliada. Destarte, há patente permissividade para que o magistrado mescle a nova lei com a revogada naquilo em que ambas favorecem ao réu. Se a Constituição Federal não fez qualquer restrição à retroatividade da lei mais benéfica, não cabe ao intérprete fazê-lo. Se o Código Penal diz que a lei que de qualquer modo beneficiar o agente deve retroagir para favorecê-lo, não cabe ao exegeta fazer qualquer restrição.”

A doutrina, no tocante ao Recurso Extraordinário em questão, também é favorável a conjugação do artigo 12 da Lei 6.368/76 com o artigo 33 da Lei 11.343/06, demonstrando, mais uma vez, que o posicionamento adotado pelo o Supremo Tribunal Federal foi coerente:<sup>139</sup>

“Em que pese à nova Lei de Drogas incriminar algumas condutas mais severamente que a anterior, há dispositivos nela contidos que são mais favoráveis aos acusados. Nesse caso, deve o julgador fazer a combinação de leis visando favorecer os sujeitos que praticam as condutas descritas na lei nova. [...] Nesse sentido, a conduta incriminada é a do art. 12 da Lei 6.368/76, que prevê as penas de 3 a 15 anos de reclusão, enquanto o art. 33 da Lei 11.343/06 prevê as penas de 5 a 15 anos de reclusão. Portanto, evidente que a pena a ser aplicada na hipótese de condenação é da Lei 6.368/76, porque se trata de pena menor à conduta incriminada e beneficia ao acusado.”

Demonstrado o exposto sobre os fatos apontados pela doutrina e analisando o caso concreto abordado pela jurisprudência é plena a observância quanto à possibilidade da combinação de leis penais no tempo.

O legislador achando conveniente a pena para o tráfico de entorpecentes é evidente que pena não se aplicará a fatos anteriores a essa nova previsão. Porém, o mesmo entendeu que o réu sendo primário e não participante de organização criminosa a gravidade do crime é menor e, por consequência, são razões para existir uma diminuição na sua pena.<sup>140</sup>

<sup>139</sup> CALLEGARI, André Luis. **Nova lei de drogas – da combinação de leis (Lex tertia) – fato praticado sob a vigência da lei 6.368/76 e aplicação da nova lei 11.343/06.** In revista CAPES/GRICES- intercâmbio universidade de Coimbra c/c UNISINOS. ISSN 2547/55

<sup>140</sup> BOTTINI, Pierpaolo Cruz. Ibidem.

O legislador reconheceu que o comportamento descrito acima merece um benefício, não havendo justificativa para sua não aplicação a fatos anteriores, em vista da própria previsão legal e constitucional.<sup>141</sup>

A causa de diminuição da pena contida no artigo 33, parágrafo 4º da Lei 11.343/06 não está em conflito com qualquer norma legal anterior, possui caráter inédito e, por isso, não se opõem a qualquer regra penal anterior.<sup>142</sup>

O debate sobre o assunto ainda não é pacífico, em vista do empate culminado com o julgamento e a qualquer momento deverá ser retomado a discussão no plenário da Corte.

### **3 BREVES COMENTÁRIOS SOBRE O POSICIONAMENTO DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA E A COMBINAÇÃO DE LEIS PENAIS NO TEMPO E O TRÁFICO DE DROGAS**

O tema na Corte Suprema é divergente, porém existem jurisprudências no Superior Tribunal de Justiça que também convergem ao entendimento adotado no Recurso Especial anteriormente analisado.

No *Habeas Corpus* de número 108.234<sup>143</sup>, oriundo da comarca de Minas Gerais, o Superior Tribunal de Justiça decidiu favorável à combinação de Leis Penais no Tempo.<sup>144</sup>

<sup>141</sup> Ibidem.

<sup>142</sup> BOTTINI, Pierpaolo Cruz. Ibidem.

<sup>143</sup> “CONSTITUCIONAL -PENAL -HABEAS CORPUS -TRÁFICO DE DROGAS -CRIME PRATICADO SOB A ÉGIDE DA LEI 6.368/1976 -REDUÇÃO DO ARTIGO 33, § 4º DA LEI 11.343/2006 -NOVATIO LEGIS IN MELLIUS -RETROATIVIDADE -IMPERATIVO CONSTITUCIONAL -ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO PARA SUBSTITUIR O REGIME INICIAL DE CUMPRIMENTO DA PENA PELO ABERTO, DESDE O INÍCIO. 1. É imperativa a aplicação retroativa da causa de diminuição de pena contida no parágrafo 4º do artigo 33 da Lei 11.343/2006 feita sob a pena cominada na Lei 6.368/1976, em obediência aos comandos constitucional e legal existentes nesse sentido. Precedentes. 2. Não constitui uma terceira lei a conjugação da Lei 6368/76 com o parágrafo 4º da Lei 11.343/06, não havendo óbice a essa solução, por se tratar de dispositivo benéfico ao réu e dentro do princípio que assegura a retroatividade da norma penal, constituindo-se solução transitória a ser aplicada ao caso concreto. 3. Ordem concedida para aplicar retroativamente a causa especial de diminuição do artigo 33, § 4º, da Lei 11.343/06 e, de ofício, para substituir o regime inicialmente fechado pelo aberto, desde o início”. (108234 MG 2008/0126110-2, Relator: Ministra JANE SILVA (DESEMBARGADORA CONVOCADA DO TJ/MG, Data de Julgamento: 12/08/2008, T6 -SEXTA TURMA, Data de Publicação: DJe 24/11/2008)

<sup>144</sup> Ibidem.

O caso em questão também é concernente ao tráfico de entorpecentes e pontos benéficos da Lei vigente e da anterior. Neste caso, o réu fora condenado com a pena aplicada consoante o artigo 12 da Lei 6.368/76, pois cometera o crime antes do ano de 2006, onde não havia a causa de diminuição da pena contida no parágrafo 4º do artigo 33 da Lei 11.343/06.<sup>145</sup>

No *Habeas Corpus* em questão foi debatida a possibilidade de o paciente cumprir sua pena em regime aberto, além da redução da sua pena, em vista da inconstitucionalidade da norma penal que determina o cumprimento inicial da pena de tráfico de drogas no regime integralmente fechado e da causa de diminuição prevista na nova Lei de Entorpecentes que, com isso, culminaria aos requisitos legais para tal cumprimento.<sup>146</sup>

Com a superveniência da causa de diminuição, onde os requisitos necessários são ser primário, ter bons antecedentes e não participar de organizações criminosas, contida no parágrafo 4º do artigo 33 da Lei de Entorpecentes vigente, a pena do acusado deveria, então, ser reduzida ao mínimo, e com isso, em vista do mesmo possuir os requisitos descritos, converter sua pena de restritiva de liberdade em restritiva de direito.<sup>147</sup>

A tese demonstrada pela defesa foi acatada pelo Superior Tribunal de Justiça que determinou que a pena do réu fosse reduzida, aplicando a causa de diminuição da pena da nova Lei de Entorpecentes, porém em relação à pena da Lei revogada, por se mais benéfica ao réu e também pelo fato do mesmo ter cometido o crime à época de sua vigência.<sup>148</sup>

Durante a prolação do seu voto, a Ministra Relatora proferiu diversos entendimentos consoantes aos do Supremo Tribunal Federal anteriormente expostos. Em trecho a Ministra discute a retroatividade da norma por inteiro, não

---

<sup>145</sup> Ibidem.

<sup>146</sup> Ibidem.

<sup>147</sup> Ibidem.

<sup>148</sup> Ibidem.

sendo retroativo apenas a parte contida na pena, mas tudo o que venha a beneficiar o réu.<sup>149</sup>

“Com a reforma da Parte Geral do Código Penal, por meio da Lei 7.209/1984, colocou-se fim à dúvida existente e ali se definiu, em seu artigo 2º, a irretroatividade da regra mais grave, passando-se a dispor, em seu parágrafo único, que “a lei posterior, que de qualquer modo favorecer o agente, aplica-se aos fatos anteriores, ainda que decididos por sentença condenatória transitada em julgado”. Logo, ficou definitivamente estabelecida a retroatividade benéfica, não só com referência às penas, mas também em relação a todos os seus aspectos favoráveis ao réu, determinando sua aplicação até mesmo durante o cumprimento da pena, ainda que depois do trânsito em julgado da decisão condenatória.”

Em outro trecho do seu voto, a Ministra Jane Silva demonstra à constitucionalidade pertinente a forma ilimitada que a *Lex Mitior* possui no tocante a sua retroatividade:<sup>150</sup>

“A atual Carta da Republica, como não poderia deixar de ser, consagrou entre seus princípios o *nullum crimen, nulla poena sine praevia lege*, expresso em seu artigo 5º, XXXIX, ao dizer que “não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal”. Em decorrência, fez constar uma regra geral sobre os conflitos das regras penais no tempo em seu inciso XL, dispondo que “a lei penal não retroagirá, salvo para beneficiar o réu”, não estabelecendo limites para a retroatividade da *Lex Mitior*.”

Concluindo seu voto, a Ministra Relatora mais uma vez salienta que no caso concreto a combinação de Leis Penais, conseqüentemente combinação do instituto da retroatividade e da ultratividade, é a melhor alternativa para o impasse em vista não ser possível achar a norma que favoreça integralmente o agente:<sup>151</sup>

“Em consequência, não se pode fixar abstratamente uma regra. No caso concreto, se não for possível encontrar entre as leis sucessivas a que favoreça integralmente o agente ativo (o que seria ideal), há necessidade da determinação simultânea de parte das duas normas, uma retroagindo e outra tendo ultratividade. Entende-se, nessa hipótese, que o melhor é fazê-lo, respeitados os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, presentes implicitamente por todo o texto constitucional, assim como o da equidade, que tem sido um precioso auxiliar do julgador ao interpretar a norma diante do caso concreto.”

---

<sup>149</sup> Ibidem.

<sup>150</sup> Ibidem.

<sup>151</sup> Ibidem

A Ministra Relatora do caso em questão, Ministra Jane Silva, embasa todo o seu voto na doutrina já apresentada<sup>152</sup>, demonstrando que todos os seus argumentos são válidos legalmente e constitucionalmente.<sup>153</sup>

Outro julgado que demonstra entendimento favorável à combinação de Leis Penais no tempo é o do *Habeas Corpus* número 102.980<sup>154</sup> oriundo da Comarca de São Paulo.<sup>155</sup>

No *Habeas Corpus* em questão o paciente almejava, consonante ao anterior demonstrado, a redução da sua pena e que se obstasse o regime integralmente fechado.<sup>156</sup>

O pedido do réu foi deferido e, de forma sucinta, o Ministro Relator Paulo Gallotti demonstra que o posicionamento ali proferido é o que a Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça vem reinterando. O mesmo afirma que por se tratar de norma material, não prevista na Lei anteriormente revogada além de beneficiar o réu e o mesmo possuir todos os requisitos para a aquisição desse direito deve a Lei retroagir de forma ilimitada para que o réu seja beneficiado:<sup>157</sup>

“Conforme explicitado na decisão agravada, a Sexta Turma desta Corte, por maioria de votos, tem reiteradamente proclamado que o artigo 33, § 4º, da nova Lei de Drogas, Lei nº 11.343/2006, por se

<sup>152</sup> Em parte do seu voto, a Ministra Relatora Jane Silva expõe o pensamento de José Frederico Marques (**Tratado de Direito Penal**, vol. 01, 1997, p. 256/257) no tocante a constitucionalidade do seu voto: “A norma do caso concreto é construída em função de um princípio constitucional, com o próprio material fornecido pelo legislador. Se ele pode escolher, para aplicar o mandamento da Lei Magna, entre duas séries de disposições legais, a que lhe pareça mais benigna, não vemos por que se lhe vede a combinação de ambas, para assim aplicar, mais retamente a Constituição. Se lhe está afeto escolher “o todo”, para que o réu tenha o tratamento penal mais favorável e benigno, nada há que lhe obste selecionar parte de um todo e parte de outro, para cumprir uma regra constitucional que deve sobrepair a pruridos de lógica formal.” (Ibidem.).

<sup>153</sup> Ibidem.

<sup>154</sup> “AGRAVO REGIMENTAL. HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. ART. 12 DA LEI Nº 6.368/1976. CAUSA DE DIMINUIÇÃO DE PENA. ART. 33, § 4º, DA LEI Nº 11.343/2006. APLICAÇÃO RETROATIVA. COMBINAÇÃO DE DISPOSITIVOS DE LEIS DISTINTAS. POSSIBILIDADE. 1 - A Sexta Turma desta Corte, por maioria de votos, tem reiteradamente proclamado que o artigo 33, § 4º, da nova Lei de Drogas, Lei nº 11.343/2006, por se tratar de norma de direito material, sem previsão na legislação anterior, que beneficia o réu dada a possibilidade de redução da pena, deve ser aplicado retroativamente, preenchidos pelo agente os requisitos ali previstos, não obstante haja a necessidade de se combinar dispositivos de leis distintas, incidindo, desse modo, sobre a sanção cominada na Lei 6.368/1976. 2 - Agravo regimental a que se nega provimento.”

<sup>155</sup> 102980 SP 2008/0066023-0, Relator: Ministro PAULO GALLOTTI, Data de Julgamento: 26/08/2008, T6 - SEXTA TURMA, Data de Publicação: DJe 15/09/2008.

<sup>156</sup> Ibidem.

<sup>157</sup> Ibidem.



tratar de norma de direito material, sem previsão na legislação anterior, que beneficia o réu dada a possibilidade de redução da pena, deve ser aplicado retroativamente, preenchidos pelo agente os requisitos ali previstos, não obstante haja a necessidade de se combinar dispositivos de leis distintas, incidindo, desse modo, sobre a sanção cominada na Lei 6.368/1976.”

O exposto demonstra que o entendimento dos Tribunais Superiores converge para o mesmo ponto quanto à possibilidade da combinação de Leis Penais no tempo, não carecendo esse pressuposto de legalidade ou constitucional.

## CONCLUSÃO

O estudo exposto demonstra que o entendimento sobre a Combinação de Leis Penais é tema divergente, porém adotá-lo é necessário para que o pressuposto legal e constitucional da Retroatividade benéfica ao réu seja atendido em sua forma máxima.

A Constituição Federal e o Código Penal de forma alguma limitaram a abrangência desse princípio, pelo contrário, por ser o ordenamento brasileiro iminentemente garantista deve este princípio abranger o máximo possível o direito do cidadão, beneficiando-o sempre.

O entendimento jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça demonstra que ao combinar os dispositivos legais da Lei de Entorpecentes revogada com a vigente está o operador do direito obedecendo de forma irrestrita a Constituição Federal e o Código Penal com o intuito de obedecer ao princípio da Extra-atividade destacado pelo próprio artigo 5º, inciso XL da Carta Magna bem como o artigo 2º, parágrafo único do *Codex* Penal.

O voto do Ministro Ayres Brito trouxe a tona todo o estudo sobre o tema, demonstrando todos os pontos relevantes para que seja admitida de forma plena pelo judiciário brasileiro a possibilidade da combinação de dispositivos penais diferentes em relação ao seu lapso temporal e que não se opõem.

No seu voto o Ministro demonstrou, com isso, que não há carência constitucional ou legal para que a combinação seja adotada, ao contrário, aplicar essa significa obedecer de forma irrestrita o preceito da Extra-atividade da Lei Penal elencado pelo artigo 5º, inciso XL da Constituição Federal bem como o contido no artigo 2º, parágrafo único, do Código Penal.

O posicionamento adotado pela Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça converge para o mesmo adotado pelo Supremo Tribunal Federal. O entendimento dessa turma também demonstra não existir empecilho constitucional ou legal algum para que seja adotado o entendimento pleno sobre a capacidade de a Lei Penal retroagir apenas em pontos únicos benéficos ao réu, no sentido que se a

mesma retroagisse de forma plena iria ocasionar o prejuízo ao mesmo em algum outro ponto.

A doutrina favorável, outra importante fonte do Direito, também é sucinta ao questionar o tema. A mesma demonstra que em nenhum ponto a Constituição Federal e o Código Penal limitaram a capacidade da Extra-atividade da Lei Penal. O cunho garantista que o ordenamento jurídico possui converge justamente ao contrário, ou seja, fazer com que qualquer benefício ofertado pela Carta Magna, pelo *Codex* Penal e também pelas as Leis Penais Extravagantes seja alcançado ao máximo de forma ilimitada.

Quando houver algum tipo de vedação legal ou constitucional deve haver tal vedação de forma expressa do contrário a norma deve ser atendida de forma ilimitada ao cidadão.

No tocante a Lei de Entorpecentes o legislador entendeu com a elaboração da Lei 11.343/06 que o cidadão que trafica drogas e apresenta certas condições pessoais, como os bons antecedentes, não ser reincidente e ainda não participar de organização criminosa, deve responder de forma mais branda e o que não apresenta tais condições deve responder de forma mais incisiva, com penas maiores.

Isso não significa em hipótese alguma que o cidadão que traficou drogas na vigência da Lei 6.368/76 e apresenta as condições acima descritas não está apto a receber o benefício da nova Lei, pois não há vedação expressa no sentido de não retroagir apenas esse benefício contido no artigo 33, parágrafo 4º da nova Lei de Entorpecentes. Deve sempre um benefício legal ser imposto ao cidadão não importando qualquer característica temporal da norma.

O entendimento jurisprudencial e doutrinário favorável a Combinação de Leis penais é contido de total procedência constitucional e legal. O estudo demonstrado observa que não há qualquer tipo de vedação na norma no sentido da Extra-atividade legal fragmentada e que qualquer benefício que surja deve ser imposta ao cidadão imediatamente, sendo este um direito fundamental inerente a qualquer pessoa.

## REFERÊNCIAS

- BITENCOURT, C. R. **Tratado de Direito Penal**. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.
- BOTTINI, P. C. O Supremo e a combinação de leis no tráfico de drogas. **Revista Consultor**, 2011. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2011-dez-06/direito-defesa-stf-combinacao-leis-trafico-drogas>>. Acesso em: agosto 2012.
- BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm)>.
- BRASIL. **Decreto-Lei nº 678, de 6 de novembro de 1992**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/D0678.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D0678.htm)>.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Disponível em: <http://www.stf.jus.br>. Acesso em 04 out. 2012.
- BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Disponível em: <http://www.stj.gov.br>. Acesso em 04 out. 2012.
- CALLEGARI, A. L. Nova lei de drogas – da combinação de leis (Lex tertia) – fato praticado sob a vigência da lei 6.368/76 e aplicação da nova lei 11.343/06. **CAPES/GRICES - intercâmbio universidade de Coimbra c/c UNISINOS**.
- CAPEZ, F. **Curso de Direito Penal - Parte Geral**. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.
- COSTA RICA. **Convenção Americana Sobre Direitos Humanos**.. Disponível em: <<http://www.pge.sp.gov.br/centrodeestudos/bibliotecavirtual/instrumentos/sanjose.htm>>. Acesso em 4 out. 2012.
- DINIZ, M. H. **Lei de Introdução ao Código Civil brasileiro interpretada**. São Paulo: [s.n.], 1994.
- ESTEFAM, A. **Direito Penal: Parte geral**. São Paulo: Saraiva, 2010.
- GOMES, L. F. Nova Lei de Drogas: retroatividade ou irretroatividade? **Jus Navigandi**, 2011. ISSN 1235. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=9170>>. Acesso em agosto de 2012>. Acesso em: agosto 2012.
- GOMES, L. F.; MOLINA, A. G. P. D. **Direito Penal, parte geral**. 2. ed. [S.l.]: Col.Ciências, v. 2.
- GONDIM, R. F. **Teoria Geral do Direito**. [S.l.]: [s.n.], v. 1.
- GRECO, R. **Curso de Direito Penal - Parte Geral**. 13. ed. [S.l.]: [s.n.].
- JESUS, D. E. D. **Código Penal Anotado**. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

JUNIOR, H. S. Art. 33,§4º da lei 11.343/06: retroatividade? **UNIFACS**. Disponível em: <[http://web.unifacs.br/revistajuridica/edicao\\_outubro2008/discente/dis2.doc](http://web.unifacs.br/revistajuridica/edicao_outubro2008/discente/dis2.doc)>. Acesso em: 14 setembro 2012.

MARQUES, J. F. **Curso de Direito Penal**. São Paulo: Saraiva, 1954.

MIRABETE, J. F. **Manual de Direito Penal: Parte geral**. 19. ed. São Paulo: Atlas, 2003.

MONTALVÃO, A. F. D. Tráfico de drogas e combinação de leis. **Montalvão Advogados Associados**, 207. Disponível em: <<http://www.montalvao.adv.br/plexus/ver.asp?id=1820>>. Acesso em: agosto 2012.

NUCCI, G. D. S. **Código Penal Comentando - versão compacta**. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 2009.

PRADO, L. R. **Curso de Direito Penal Brasileiro: Parte Geral**. 3. ed. São Paulo: Revistas dos Tribunais, v. 1, 2002.

QUEIROZ, P. **Direito Penal - Parte Geral**. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

QUEIROZ, P. Combinação de Leis Penais. Disponível em: <<http://pauloqueiroz.net/combinacao-de-leis-penais/>>. Acesso em: agosto 2012.

RICARTE, O. Apontamentos acerca da possibilidade de conjugação de leis para beneficiar o réu em sede de matéria Penal. **Âmbito Jurídico**, 2011. Disponível em: <[http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=10657](http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=10657)>. Acesso em: agosto 2012.

ROBALDO, J. C. D. O. A combinação de leis no tráfico de drogas. **LFG**, 2008. Disponível em: <[http://www.lfg.com.br/artigo/20080415154336148\\_%3Cb%3E-artigos-%3C-b%3E-a-combinacao-de-leis-no-trafico-de-drogas-jose-carlos-de-oliveira-robaldo.html](http://www.lfg.com.br/artigo/20080415154336148_%3Cb%3E-artigos-%3C-b%3E-a-combinacao-de-leis-no-trafico-de-drogas-jose-carlos-de-oliveira-robaldo.html)>. Acesso em: agosto 2012.

SILVA, G. F. G. D. Lei Penal no Tempo e a Lex Tertia Mitior. **Âmbito Jurídico**, 2011. Disponível em: <[http://www.ambitojuridico.com.br/site/?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=10189&revista\\_caderno=3](http://www.ambitojuridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=10189&revista_caderno=3)>. Acesso em: agosto 2012.

TELLES, N. M. **Direito Penal - parte geral**. São Paulo: [s.n.], v. I, 2004.

ZAFFARONI, E. R.; PIERANGELI, J. H. **Manual de Direito Penal Brasileiro**. 7. ed. [S.l.]: [s.n.], v. 1.